KOMPENSATION UND PROZESS

Josef Kohler


Digitized by Google

Bd. Mar. 1935



HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 16 1934



Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Kompensation und Prozess.

Von

Dr. J. Kohler,

ord. Professor an der Universität Berlin.

Sonder-Abdruck aus der Zeitschrift für Deutschen Civilprocess.



Berlin.

Carl Heymanns Verlag.

1894.

Verlags-Archiv 2249.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Archiv
für
Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Richter am Landgericht I Berlin.

Dr. P. Oertmann,
Gerichtsassessor und Privatdozenten an der Universität Berlin.

Band I bis VIII.

Preis des Bandes M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.

Zeitschrift
für
Deutschen Civilprozess.

Begründet von Landgerichtsrath H. Busch.

Herausgegeben von

M. Schultzenstein,
Königl. Preuss. Oberverwaltungsgerichtsrath,

und

F. Vierhaus,
Geheimem Ober-Justizrath und vortragendem Rath im Königl. Preuss. Justizministerium.

Band I bis XIX.

Preis des Bandes M. 12, bei postfreier Zusendung M. 12,40.
Generalregister zu Band I bis X M. 3, bei postfreier Zusendung M. 3,20.

Juristisches Litteraturblatt.

VI. Jahrgang 1894.

Erscheint 10mal jährlich.

Preis M. 5, bei postfreier Zusendung M. 5,30.

Digitized by Google

Kompensation und Prozess.

Von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

Sonder-Abdruck aus der Zeitschrift für Deutschen Civilprocess.



Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1894.

Comp
991
Ko

Digitized by Google

Druck von Julius Sittenfeld in Berlin.

10/16/34

OCT 16 1934

Verlags-Archiv 2249.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite.

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Einrede und exceptio 2
§ 3. Der Exceptionsberechtigte 3
§ 4. Der Kompensationsakt 6
§ 5. Der Kompensationsakt im Prozess 15
§ 6. Ausschliessung des Kompensationsaktes 17
§ 7. Kompensation durch Klage, durch Einrede, durch Replik . . . 20
§ 8. Kompensation mit festgestellter, vollstreckbarer, anhängiger, streitiger Forderung 26
§ 9. Kompetenz und Gerichtsbarkeit für die Kompensationsforderung 38
§ 10. Verweisung ad separatum. Vorbehaltsurtheil 49
§ 11. Kompensation im französischen Recht. Dogmatisches und Historisches 56
§ 12. Schluss 73
Nachtrag 74

Digitized by Google

Kompensation und Prozess.

§ 1.

Durch die Entscheidung der Vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 10. April 1893 (Entsch. Bd. 31 S. 1 f.) ist nun endlich gegenüber einer verfehlten und unpraktischen Behandlung civilprozessualer Normen die richtige Ansicht zum Siege gelangt, wonach das Urtheil des § 274 C.P.O. den Karakter eines Vorbehaltsurtheils hat und mithin diese Schöpfung der Civilprozessordnung im Falle der Kompensationseinrede ebenso zur Geltung kommt wie im Falle des Urkundenprozesses mit seinem, den Kreis von Einreden beschränkenden, Urtheile [1]); es ist das Vorbehaltsurtheil, das ich im Prozess als Rechtsverhältniss S. 77 f., 135 f., 137 f. dargelegt und in seiner Beziehung zum Zwischenurtheil aufgewiesen habe. Begreiflich ist es, dass die Civilprozessordnung, als sie nach einem Terminus rang, in § 274 zum Ausdruck „Theilurtheil" gelangte; denn nicht das Gesetz, sondern die Wissenschaft hat aus dem Zusammenhange des Instituts heraus die richtigen Termini

[1]) Vgl. auch schon O.L.G. Karlsruhe, Urtheil vom 26. März 1884, Seuffert Bd. 40 Nr. 317.

Digitized by Google

zu bilden. Mit Theilurtheil wollte man das Richtige besagen, man verfehlte nur den Ausdruck.

Der Streit, der sich um die Kompensationseinrede drehte, hat übrigens einen tiefen Hintergrund; er liegt in dem eigenthümlichen Wesen des Kompensationsrechts begründet.

§ 2.

Ein neuerer Schriftsteller hat in einem durch Gründlichkeit der Forschung und reiche Kenntniss der Literatur ausgezeichneten Buche [2]) die (eigentlichen) Exzeptionen des heutigen Prozesses als Potestativnormen karakterisirt, deren Bedeutung es sei, dass ein bestimmter Thatbestand erst erfüllt ist, wenn zu einem objektiven Sachverhalt eine Erklärung der Person hinzutritt; welche Erklärung nicht nothwendig eine Erklärung im Prozesse zu sein braucht. Ich möchte diese Normen eher Subjektivnormen nennen, weil sie nur kraft der Thätigkeit des betheiligten Subjektes zur Bedeutung gelangen.

Dahin gehört nun vor allem die Kompensationseinrede, ja sie ist ein typischer Musterfall. Die Gegenforderung steht in ihrem Bestande objektiv fest, auch ihr Verhältniss zur Forderung, das man mit Kompensabilität bezeichnet; aber die Kompensation durch die Gegenforderung ist subjektiv bedingt, die Thätigkeit des Kompensanten ist eine *conditio juris* für die Kompensationswirkung, d. h. die Kompensationswirkung hat zwei Voraussetzungen: kompensable Gegenforderung (Gegenforderung im Stande der Kompensabilität) und Kompensationserklärung des Gegenforderungsberechtigten.

Ich glaube nun allerdings, dass diese beiden Seiten der Sache, die objektive und die subjektive, nicht gleichmässig nebeneinander stehen. Das Vorhandensein der Gegenforderung im Stande der Kompensabilität ist immerhin etwas wesentlich anderes, als die Erklärung des Kompensanten; und wenn die frühere Theorie beide Dinge auseinanderriss und lieber sagte: die Einrede besteht, aber sie wirkt nur, wenn sie geltend gemacht wird; statt zu sagen: der Thatbestand der (wirksamen) Einrede ist nur gegeben, wenn zu dem objektiven Sachverhalte

---

[2]) Betzinger, Die Beweislast im Civilprozess S. 266 f.

Digitized by Google

noch die Erklärung des Beklagten hinzutritt: so hatte sie nicht so unrecht, wie der eben genannte Autor annimmt; denn immerhin besteht der wichtige Unterschied: das objektive Bestehen der kompensablen Gegenforderung ist die Ursache, die Kompensationserklärung die blosse Bedingung für die Kompensationswirkung — denn auch auf dem Gebiete der Rechtsgeschehnisse spielt der Unterschied zwischen Ursache und Bedingung eine Rolle, da die Welt des Geistes, ebenso wie der Zeit, auch dem Kausalitätsgesetze unterworfen ist.

Darum ist es immerhin eine richtige Anschauung, wenn man sagt: mit dem Bestehen der kompensablen Gegenforderung ist die Kompensationswirkung latent, mit Eintritt der Willenserklärung wird sie aktuell. Das führt uns sofort zu einer Fülle civilistischer wie civilprozessualischer Fragen.

§ 3.

Darf bloss der Gegenforderungsberechtigte die Erklärung abgeben und die latente Kompensationswirkung entzünden, oder auch ein Anderer? Diese Frage erhebt sich insbesondere für den Solidarschuldner und Bürgen, und hier haben die *fr.* 4 und 5 *D. de cōmpens.* eine unheilsame Rolle gespielt, weil Tribonian sie in einen Zusammenhang brachte, wo sie nicht passen Beide Fragmente sprechen nämlich von der *compensatio* des *argentarius*, wie insbesondere für die erste Stelle die deutliche Beziehung auf die *pluspetitio* und die Namen eines Neratius und Pomponius beweisen, die vor die Mark-Aurelische Reform fallen; dass aber der *argentarius*, der seinen Saldo einzuklagen hat, weil er mit der Partei in einem nothwendigen Verhältnisse von Rechnung und Gegenrechnung steht, auch von dem Bürgen nicht mehr als den Saldo verlangen darf bei Vermeidung der *pluspetitio*, versteht sich von selbst[3]).

Und ebenso handelt die andere Stelle (*fr.* 5 *de compens.*)

---

[3]) Die Stelle (vgl. Lenel, *Palingenesia*, Paullus Nr. 1645) stand in einer Erörterung über die Legate; hier sprach Paullus von dem Rechtssatze, dass das bezahlte *legatum indebitum* nicht zurückgefordert werden könne (wegen der Gefahr der Litiskreszenz), und so kam er wohl naturgemäss auf die Streitgefahr und auf die *pluspetitio* zu sprechen; vgl. Lenel a. a. O.

Digitized by Google

von dem Bankier, der seinen Saldo einklagt, wobei vor dem Prätor bei der Ertheilung der *formula cum compensatione,* also der *formula* mit *amplius*[4]), naturgemäss erörtert wurde, ob das Passivkonto des Klägers im Kontokorrent des Bürgen oder das im Kontokorrent des Hauptschuldners in Betracht komme, eine Frage, die noch heute zu den interessanten Fragen des Kontokorrentrechts gehört; wobei man denn sagen muss, dass zunächst der Saldo nach dem Kontokorrent des Hauptschuldners in Betracht kommt, und dieser Saldo, in den Kontokorrent des Bürgen eingetragen, wieder durch die dortigen Passivposten vermindert wird.

Beide Stellen beziehen sich daher auf das von wesentlich anderen Grundsätzen beherrschte Kontokorrentverhältniss und haben mit unserer Kompensation nichts zu thun.

In der That ist es sicher, dass eine Kompensation des Bürgen nur dann sachgemäss ist, wenn der Bürge mit Genehmigung des Hauptschuldners handelt, nach der Art des *fr.* 9 § 1 *de comp.: ut caveat patrem suum ratum habiturum* — der Bürge muss die Genehmigung des Hauptschuldners haben oder mindestens für seine Zustimmung garantiren.

Denn Kompensiren heisst nichts anderes als das Hervorholen eines Vermögensstückes aus dem Vermögen des Schuldners, um dieses der Zahlung halber in das Vermögen des Gläubigers zu werfen. Ist es aber erträglich, dass der Bürge auf solche Weise beliebig in das Vermögen des Schuldners greift? dass er vielleicht eine Forderung herausnimmt, die der Schuldner zu ganz anderen Zwecken bestimmt hat, deren Kompensation in diesem Falle ihm im höchsten Grade bedränglich und ungünstig ist? Gesetzt, der Schuldner hat zwei Gegenforderungen, von denen die eine ungedeckt, die andere durch Bürgen und Pfänder gesichert ist. Wird man es erträglich finden, dass sein Bürge nun gerade die gute Gegenforderung herausnimmt und die schlechte übrig lässt? Oder die eine Forderung ist verzinslich, die andere unverzinslich; soll hier der Bürge mit ungefüger Hand in die Schuldverhältnisse

---

[4]) *Si paret Titium sibi X millia dare oportere amplius quam ipse Titio debet;* Gajus IV. 64.

Digitized by Google

des Hauptschuldners eingreifen und bewirken können, dass durch ungeschickte Auswahl das Vermögen des Hauptschuldners geschädigt wird? Oder es handelt sich um eine Forderung des Hauptschuldners, über die er eben im Begriffe steht, einen Zessionsvertrag abzuschliessen?

In allen diesen Beziehungen involvirt die gewöhnliche Lehre ein Selbsthülferecht des Bürgen, ein Recht des Eingriffes in das Vermögen des Schuldners, das ganz unerhört und unangemessen ist. Es ist angemessen, dass der Schuldner, der eine Gegenforderung hat, diese seine Forderung gleichsam in das Vermögen des Gläubigers hinüberwirft und dadurch dessen Forderung tilgt: denn der Schuldner kann zahlen, er kann sich durch Deposition befreien; ihm steht daher auch ein solches Surrogat der Zahlung zu. Dass aber ein Dritter die Forderung des Hauptschuldners in das Vermögen des Gläubigers hinüberwirft, ist ebenso exorbitant, wie wenn etwa der Bürge mit dem Gelde des Schuldners bezahlen oder dem Gläubiger dessen Bankdepot überweisen wollte.

Unter dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs kann von einem Kompensationsrecht des Bürgen keine Rede sein; vgl. § 331: „so kann jeder Theil seine Forderung .... aufrechnen“ [5]). Hiergegen spricht nicht der § 707, wo von Einreden die Rede ist; denn auch der Schuldner hat die Einrede der Kompensation nur, sofern und soweit er kompensiren, also sein Vermögen aufopfern will. Vgl. übrigens noch S. 74.

Von ganz anderen Gesichtspunkten ist es zu betrachten, dass der Schuldner die Kompensation dem Zessionar gegenüber geltend machen darf; denn es ist das Recht des Drittschuldners, seine Gegenforderung gegen die Forderung des Zedenten zu kehren, auch wenn diese nicht mehr Forderung des Zedenten bleibt und auf den Rechtsnachfolger übergegangen ist. Aber wiederum ist es hier dem Zessionar nicht gestattet, dieser Kompensation eine Gegenkompensation aus der Person des Zedenten entgegenzuhalten (mindestens nicht ohne seine Einwilligung), auch dann nicht, wenn und insoweit eine solche Gegenkompensation sonst zulässig sein sollte [6]).

[5]) Dies nehmen auch die Motive der ersten Lesung (Bd. 2 S. 106) an.

[6]) O.A.G. Rostock v. 18. Juni 1863, Seuffert Bd. 19 Nr. 144. Die

Digitized by Google

§ 4.

Wie kann aber der Schuldner die Kompensation geltend machen? Im Prozess und ausser dem Prozess. Das erstere hat man sich so sehr gewöhnt als das Selbstverständliche anzunehmen, dass gar manche an eine andere Art der Kompensation gar nicht zu denken pflegen. Und doch ist es natürlich sehr wesentlich, dass auch schon vor dem Prozesse kompensirt werden kann; denn es ist ein grosser Unterschied zwischen dem Recht, im Prozesse zu kompensiren, und der Situation, die nach durchgeführter Kompensation eintritt: letzterenfalls ist die Schuldforderung erloschen, erloschen kraft Objektivnorm und es kann sich daher ein jeder auf diese Objektivnorm berufen, auch der Bürge, der Mitschuldner: die Bürgen sind befreit, die Pfandrechte erledigt; und die Forderung kann auch nicht mehr durch zweiseitiges Rechtsgeschäft wieder erweckt werden. Diesen Zustand herbeizuführen, kann der Schuldner das lebhafteste Interesse haben, auch wenn der Gläubiger völlig passiv bleibt, — vielleicht gerade deshalb. Wie, wenn der Gläubiger für die Schuld Faustpfänder hat, und der Schuldner will die Rückgabe? wenn Bürgen vorhanden sind, und der Schuldner will ihre Freigebung? wenn eine Hypothek besteht, und der Schuldner will ihre Löschung? Hier hat doch der Schuldner das lebhafteste Interesse, dass der Kompensationsakt sich vollziehe, damit er die Freiheit des Pfandes oder des Bürgen erwirke! Man giebt in solchem Falle dem Schuldner das Recht, auf Befreiung zu klagen und dadurch die Kompensation zur Geltung zu bringen,[7] — aber sollte es wirklich einer Klage bedürfen, auf dass in solchem Falle der Schuldner sich schuldfrei mache und die Befreiung oder Rückgabepflicht erzeuge?

Und ein besonderes Bedürfniss einseitiger Kompensation

---

entgegengesetzte Ansicht des Badischen Oberhofgerichts bei Seuffert Bd. 1 Nr. 30 erklärt sich aus der Eigenart des französischen Kompensationsrechts, wonach die *compensation légale* von selbst und ohne Thätigkeit der Partei erfolgt (vgl. unten S. 56 f.).

[7]) Vgl. auch O.A.G. Celle v. 26. Nov. 1881, Seuffert Bd. 37 Nr. 105; ferner Unger in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 S. 545.

Digitized by Google

liegt dann vor, wenn der einen Forderung mehrere Gegenforderungen gegenüberstehen und es sich darum handelt, welche der verschiedenen Gegenforderungen getilgt sein soll. *A* hat eine Forderung gegen *B*, die am Verjähren ist, und eine zweite, die noch 20 Jahre vorhält, und er wird Schuldner des *B*: hier liegt ihm sehr viel daran, die im Entschwinden begriffene Forderung gegen seine Schuld aufzurechnen. Umgekehrt kann sich möglicher Weise auch *B* salviren und erklären, dass er die Gegenforderung auf die gute, nicht auf die im Absterben begriffene Forderung des *A* aufrechnen will. Welche dieser Erklärungen zuerst gemacht wird, geht vor; denn es steht im Belieben jeden Theiles, einen ihm zustehenden Nutzungswerth, der passiv in der Person des andern liegt, gegen diesen andern zur Zahlung zu verwenden. Dies würde nur dann eine Ausnahme erleiden, wenn der Fall so läge, dass *A* zuerst nur die in der Verjährung begriffene Forderung gegen *B* hätte, dann Schuldner des *B*. würde und darauf die neue kräftige Forderung gegen ihn erwürbe; denn in diesem Falle besteht bereits zwischen der ersten Forderung und der Gegenforderung ein Kompensationsverhältniss, das kein Theil ohne Zustimmung des andern beliebig lösen dürfte. Wenn daher *B* hier erklären würde, seine Forderung auf die bombensichere Forderung des *A* aufrechnen zu wollen, so würde diesem Akt ein *exceptio doli* entgegenstehen, da möglicherweise *A* gerade mit Rücksicht auf die Gegenforderung seine im Verjähren begriffene Forderung nicht eingeklagt hat, der Beklagte daher seiner Gegenforderung nicht beliebig eine andere Zahlungsfunktion zu geben berechtigt ist. Dasselbe gilt dann, wenn Forderung und Gegenforderung aus demselben Vertragsverhältnisse hervorgehen.[8])

Die einseitige Kompensation kann insbesondere auch dann in Betracht kommen, wenn der Kompensant nicht eigentlich Schuldner einer Geldsumme ist, aber die *facultas solvendi* hat,

[8]) In dieser Beziehung geht § 340 des Entwurfs eines Bürgerl. Gesetzb. zu weit. Hiergegen treffend Westrum in den Gutachten aus dem Anwaltstande S. 242 f. Im übrigen vgl. die Entsch. von Rostock, Lübeck, Celle, Wiesbaden, Lübeck in Seuffert Bd. 19 Nr. 140—143 und Bd. 22 Nr. 33 und hierzu Stegemann, Z. f. hannoversch. Recht Bd. 7 (1875) S. 203. Nur theilweise richtig Eisele, Kompensation S. 365 f.

Digitized by Google

um sich dadurch von einem andern Uebel zu befreien: auch in diesem Fall ist es von grossem Interesse, statt zu zahlen, zu kompensiren, um dieses Uebel abzuwehren.[9]) Man denke sich den Fall: der Eigenthümer eines Grundstücks der nicht Schuldner ist, befürchtet die Subhastation seiner von seinem Vorgänger belasteten Liegenschaft; er hat eine Gegenforderung gegen den Gläubiger: hier ist es für ihn sehr bedeutsam, durch Kompensationsakt die Hypothekenforderung zu tilgen und die Liegenschaft frei zu machen oder ihr mindestens die Anwartschaft auf Befreiung zu erwerben.[10])

Eine Art der aussergerichtlichen Ausübung der Kompensation erkannte man bisher an — die Ausübung durch Kompensationsvertrag. Aber warum sollte es stets eines Vertrags bedürfen und der Kompensationsberechtigte in die Zwangslage gesetzt sein, entweder auf die Kompensation zu verzichten oder zu klagen oder die Klage abzuwarten, um die Einrede entgegenzusetzen? Warum sollte er die Kompensation nicht aussergerichtlich durch einseitigen Akt bewirken können? warum sollte die Erklärung: ich will von meinem Kompensationsrechte Gebrauch machen, nicht ebenso wirken, wie sonst ein Willensakt, wenn es sich darum handelt, eine schwebende Rechtslage zu festigen?

Mit Recht hat darum der deutsche Entwurf (2. Lesung) in § 332 bestimmt: „Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile.“ Diese Bestimmung ist ein wesentlicher Fortschritt; und dass diese Erklärung nur ohne *dies* und *conditio* vorgenommen werden kann, ist gleichfalls richtig; denn der andere Theil hat ein Anrecht darauf, dass das Schuldverhältniss nicht durch derartige Nebenbestimmung in einer seinem Interesse widersprechenden Weise komplizirt wird, falls er nicht dazu seine Zustimmung gibt und mit dem Gegner

---

[9]) Vgl. O.A.G. Celle v. 25. Febr. 1865, Seuffert Bd. 35 Nr. 9; R.O.H.G. v. 10. April 1875, Entsch. Bd. 16 S. 353, 355 f. Hierzu auch *fr.* 20 § 2 *de statulib.*

[10]) So konnte beim Retrakt der Lösungsberechtigte, statt zu zahlen, seine Gegenforderung aufrechnen; doch war dies im französischen Rechte bestritten, vgl. Valin, *Commentaire sur la coutume de Rochelle* ad a. 34 Nr. 108. Vgl. auch Walch, Näherrecht S. 203.

Digitized by Google

einen Kompensationsvertrag schliesst — in welchem Falle beliebige Nebenbestimmungen gestattet sind.[11]) Dass allerdings für die prozessualische Kompensation auch in dieser Beziehung etwas Besonderes gilt, wird alsbald (S. 16) erörtert werden.

Einer bestimmten Form bedarf der Kompensationsakt nicht; immerhin muss er aber eine Erklärung sein, die dem Gegner gegenüber vollzogen worden ist; es genügt nicht, wenn der Schuldner die Kompensation als geschehen in seinen Büchern vermerkt.[12]) Wohl aber genügt es, wenn er dem Gläubiger einen entsprechenden Buchauszug sendet.

Die Erklärung dem Gegner gegenüber muss eine fertige Erklärung sein, nicht eine blosse Offerte, nicht ein blosses Angebot zur Annahme; dieses würde nur wirken, wenn es zum Kompensationsvertrage führte, dies insbesondere, wenn es noch irgend welche Gegenleistung des anderen Theiles voraussetzte.[13])

Uebrigens hat die Bestimmung des Entwurfs ihre Vorgänger; insbesondere im § 992 des sächsischen Civilgesetzbuchs. Dieser besagt: „Die Aufrechnung findet statt, wenn der eine Gläubiger dem anderen gegenüber gerichtlich oder aussergerichtlich erklärt, dass er aufrechnen will ...... Einwilligung des anderen Theiles ist zur Aufrechnung nicht erforderlich."

Und ebenso sagt das Schweizer Obligationenrecht in Art. 138: „Eine Verrechnung tritt nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Rechte der Verrechnung Gebrauch machen wolle."

Auch das Züricher Gesetzbuch § 1052 neigte sich nach dieser Richtung: „Es hängt von dem Willen des Schuldners ab, ob er von seinem Rechte, zu kompensiren, Gebrauch oder die Gegenforderung in anderer Weise geltend machen wolle."

---

[11]) Daher ist der Vorschlag, den Westrum, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 241, gemacht hat, die Fassung des Gesetzes dahin zu ändern, dass eine Aufrechnung unter Zeitbestimmung oder Bedingung abgelehnt werden könne, ohne Belang; denn ist der Gläubiger einverstanden, so liegt eben vertragsmässige Kompensation vor.

[12]) Vgl. Cohn in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 3 S. 1037.

[13]) Oberster Gerichtshof Wien v. 26. Juni 1857, Glaser-Unger Bd. I Nr. 393.

Digitized by Google

Auch die Praxis zeigt viele Aussprüche, wonach zur Kompensation die Erklärung des einen oder andern Gläubigers genügen solle; vgl. O.A.G. Wolfenbüttel 25. Mai 1849, Seuffert Bd. 7 Nr. 165; O.A.G. Dresden 1855, Seuffert Bd. 9 Nr. 253; O.A.G. Lübeck 13. April 1867, Seuffert Bd. 22 Nr. 128; Obertrib. Stuttgart 3. Febr. 1869, Seuffert Bd. 23 Nr. 122; R.O.H.G. 27. Nov. 1875, Entsch. Bd. 19 S. 76, und 4. März 1873, Entsch. Bd. 9 S. 110; Oberster Gerichtshof für Bayern 4. Mai 1878, Entsch. des Ob. Gerichtsh. Bd. 7 S. 436. So auch die Preuss. Praxis: Obertrib. 2. Aug. 1845, Entsch. des Obertrib. Bd. 12 S. 239; 10. Jan. 1862, Entsch. Bd. 46 S. 112; 6. Jan. 1870, Striethorst Bd. 77 S. 154, 19. Jan. 1872, Striethorst Bd. 84 S. 180;[14]) Preuss. Justizministerium 3. Aug. 1840 im Preuss. Justizministerialbl. 1840 S. 290; endlich Reichsgericht 11. Okt. 1881, Entsch. Bd. 6 S. 253, namentlich aber das grundlegende Urtheil 11. Okt. 1883, Entsch. Bd. 11 S. 115 ff.

Uebrigens ist diese Anschauung schon dem römischen Rechte nicht fremd, wie *fr.* 20 § 2 *de statulib.* und *fr.* 12 *de comp.* beweist; wenn an letzterer Stelle gesagt ist, dass der Schuldner, sobald er den Ueberschuss seiner Schuld deponirt, *invicem debiti compensatione habita* die Pfänder zurückverlangen darf, so ist damit klar ausgesprochen, dass seine Kompensationserklärung, soweit Forderung und Gegenforderung sich entsprechen, der Deposition gleichsteht, mithin Zahlungseffekt hat. Es könnte nur die Frage sein, ob er diese einseitige Erklärung noch zurücknehmen kann — dies aber sicher dann nicht, nachdem die Konsequenzen seiner Befreiung auch nur nach der einen oder anderen Richtung eingetreten sind.[15]) Richtig auch schon der

[14]) Insbesondere sagt das Obertrib. in letzterer Entscheidung (Striethorst Bd. 84 S. 184): „In dieser Beziehung erfordert sie aber keineswegs einen Vertrag . . ., wie sich schon daraus ergiebt, dass die Geltendmachung von einer Seite genügt, und die Wirkung der Kompensation alsdann auch ohne und gegen den Willen des andern Theils, also ohne Willensübereinstimmung, zur Geltung kommt."

[15]) Unzutreffendes bei Eisele, Kompensation S. 252 f. Richtig Ohnsorge in dem Jahrb. f. Dogm. Bd. 20 S. 288 f.; Hasenöhrl, Oesterreich. Obligat.Recht Bd. 2 S. 561. Im Uebrigen ist es auch bei der Deposition dringend erforderlich, einen Moment zu bezeichnen, wo sie unwiderruflich wird; dies wird heutzutage Niemand mehr bestreiten; vgl. meine Aus-

Digitized by Google

grosse Bartolus *ad l. 4 D. de comp.;* hier heisst es: *requiritur ergo voluntas debitoris compensantis, et ex hoc dico vobis, quod non est necesse ad extinguendum debitum ipso jure, quod compensatio opponatur in judicio, sed ubicunque notifico tibi, quod volo debitum cum credito compensare, ipso jure tollitur obligatio.*

Gegenüber dieser reichen Praxis ist die entgegengesetzte Lehre von Eisele S. 248 f. und von Windscheid, Pandekten § 349 Nr. 5, ein bedeutender Rückschritt. Die Entgegnung Eiseles S. 249, dass sonst das objektive Recht die Macht gäbe, „unter bestimmten Voraussetzungen über die Forderung des Gegners ... in der Art zu verfügen, dass er durch Aufgeben der eigenen Forderung zugleich die des Gegners in gleicher Höhe tilgte", ist völlig unstichhaltig; denn warum sollte der Schuldner dieses Recht nicht haben, wenn er die Forderung des Gläubigers durch Deposition tilgen darf? Kann er nicht sagen: die Gegenforderung, die ich gegen dich habe, musst du mir gestatten als einen an mich bezahlten baaren Geldbetrag zu behandeln, den ich dir zur Zahlung zuweise? Dies entspricht doch völlig der *aequitas.* Wie dürfte der Gläubiger entgegenhalten: ich hätte dich nicht bezahlt, du hättest bei mir nichts gefunden, folglich ist eine Forderung gegen mich Null und mithin unfähig, zur Tilgung meiner Forderung verwendet zu werden?

Wenn immer die Kompensation ein *jus aequum* ist, so ist es ein *jus aequum*, dass der Kompensant einseitig mit seiner Gegenforderung den Tilgungsakt vornehmen, seine Gegenforderung zur Zahlung in das Vermögen seines Gläubigers, des Schuldners dieser Gegenforderung, einwerfen kann.

Denn dies ist die richtige Fassung des Kompensationsgedankens; die Parömie: *„dolo facit qui petit quod redditurus est"* ist nur äusserlich. Der richtige Gedanke ist: Der Gläubiger, sofern er Schuldner der Gegenforderung ist, darf sich nicht weigern, diese Gegenforderung, die er selbst schuldet, als baares Geld anzunehmen, so dass er sie ebenso in Zahlung annehmen muss, wie wenn ihm baares Geld geboten würde; und darum kann der Schuldner ihm die Gegenforderung in

führung in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 17 S. 349, und jetzt auch Entwurf (2. Lesung) § 325.

Digitized by Google

Zahlung geben. Schon Donellus *de jure civili* XVI, 15 Nr. 37 hat die richtige Idee ausgesprochen: *Solvit enim debitor, qui creditori suo pecuniam numerat liberandi sui causa. Nihil autem interest, utrum numerem creditori meo pecuniam, an vero meam quae apud eum est, aut quam possum ab eo exigere, patior apud eum esse tanquam numeratam liberandi mei gratia.* Daraus rechtfertigt sich auch völlig die Bestimmung des Entwurfs § 338, dass, wenn eine Forderung nicht pfändbar ist, ihr auch keine Kompensation entgegengestellt werden kann. Denn wenn die Kompensation darin besteht, dass ich meine Gegenforderung statt baaren Geldes zur Tilgung der Schuld verwende, so verwende ich virtuell auch die Forderung des Gläubigers zur Zahlung meiner Forderung. Sobald ich ja meine Forderung in das Vermögen des Gläubigers werfe und dadurch seine Forderung tilge, so bringe ich gleichzeitig meine Forderung zur Befriedigung durch Benutzung der Forderung des Gegners: beides ist wechselseitig. Ist aber die Forderung des Gegners unpfändbar, unangreifbar, so darf ich sie nicht benutzen, um dadurch meine Forderung zu decken; ich würde sonst direkt thun, was ich indirekt, durch Pfändung und Vollstreckung, nicht thun dürfte. Das muss schon nach dem geltenden Recht angenommen werden, soweit natürlich die Forderungen nicht konnex sind und sich nicht ein Abzug nach anderen als nach den Kompensationsgrundsätzen ergibt.[16])

Dass aber der Schuldner seine Gegenforderung zur Zahlung verwenden darf unter Benutzung der bisherigen Kompensationslage, und besonders was die Zinsen der Zwischenzeit und was die Verzinsung betrifft, so dass der Erfolg eintritt, als wenn die Aus-

[16]) Unrichtig R.G. v. 9. Okt. 1888, Entsch. Bd. 21 S. 186, wo verkannt wird, dass eine Analogie allerdings vorliegt, sofern eine Forderung, die für andere Forderungen nicht angegriffen werden soll, durch die Kompe sation nicht nur angegriffen, sondern direkt aufgesogen wird, um eine andere Forderung zu befriedigen. Die Analogie gilt aber naturgemäss auch *a fortiori*. Unrichtig auch Oberstes Landesgericht in Bayern v. 5. Nov. 1888, Seuffert Bd. 43 Nr. 107, wo unrichtig aus der Vorgeschichte des Gesetzes argumentirt und zugleich nicht genügend berücksichtig wird, dass die ohne Zustimmung des Gläubigers eintretende einseitige Kompensation, die dem Gläubiger gegen seinen Willen die Forderung abdringt, von dem Kompensationsvertrage sehr verschieden ist.

Digitized by Google

gleichung schon in früherer Zeit geschehen wäre, ist gleichfalls dem *jus aequum* entsprechend[17]; doch ist dies ein Punkt welcher, als dem Prozessrechte fremd, ausser unserer Darstellung bleiben kann. Nur das will ich bemerken, dass ich die Versuche, diese sog. rückwirkende Kraft der Kompensation für das moderne Recht zu bestreiten, für einen bedeutenden Rückschritt in der Verwirklichung des *jus aequum* halte.

Eins könnte man der bisherigen Ausführung entgegenhalten: Die Kompensation durch einseitigen Akt führt nicht selten zur Theilzahlung[18], und man sollte daher annehmen, dass der Schuldner seinem Gläubiger, dem er 1000 schuldet, während er von ihm 600 zu fordern hat, diese 600 nur dann zur Zahlung einwerfen dürfe, wenn er gleichzeitig 400 in Baar beilegt. Allein dies wäre unzutreffend. Das Verbot der Theilzahlung ist ein Verbot von sehr relativer und zweifelhafter Berechtigung, das nur insofern legislativ aufrechtzuerhalten ist, als der Schuldner nicht durch willkürliche Theilzahlungen den Gläubiger ermüden darf.[19] Davon kann nun aber nicht die Rede sein, wenn der Schuldner die durch Koexistenz beider Forderungen entstandene Situation benutzt; um so weniger, als er sich ja völlig an die gesetzliche Situation und das durch sie geschaffene *jus aequum* anlehnt.

Dagegen kann es allerdings fraglich werden, ob es dem Schuldner in unserem Falle gestattet sein kann, von der Gegenforderung von 600 Mark 300 herauszunehmen und sie zur Zahlung zu verwenden, so dass er noch eine Gegenforderung von 300 hat, während er seinem Gläubiger nun noch 700 schuldet.

---

[17]) Vgl. auch Accarias, *Précis de droit Romain* II *nr.* 912 *p.* 1256 Note 1; auch schon Scaccia und Ansaldus cit. bei Cohn S. 1037. Insbesondere ist die Rückwirkung gegenüber der Verjährung von entscheidender Bedeutung und ein unentbehrlicher Satz des *aequum jus*; vgl. auch Hartmann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 73 S. 348; so auch jetzt Entw. § 334 (entsprechend dem Württemb. Verjährungsgesetz v. 6. Mai 1852 a. 11). Es ist ja nichts begründeter, als wenn der Gläubiger sagt, er habe eben mit Rücksicht auf die Gegenforderung jeden Beitreibungsakt, und der Schuldner, er habe mit Rücksicht darauf jeden Satisfaktionsakt unterlassen

[18]) Vgl. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation nr.* 56 *p.* 42.

[19]) Vgl. auch Brachvogel im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 8 S. 335 f.

Digitized by Google

Dies ist aber sicher zu verneinen: ein solches Verfahren könnte mindestens nur dann als statthaft erscheinen, wenn der Schuldner weitere 700 bezahlte. Das Gegentheil wäre Willkür und widerspräche der gesetzlichen Kompensationssituation, die man gewiss nicht auf diese Weise zersplittern darf. Zulässig ist es allerdings, wenn der Gläubiger mehrere Forderungen hat, dass der Schuldner seine Gegenforderung vertheilt und etwa 300 auf die eine aufrechnet, 300 auf die andere.

Soweit die Kompensation durch einseitige Erklärung.

Hieran ist noch eine Bemerkung anzuschliessen. Der einseitige Kompensationsakt ist Tilgungsakt durch Verwendung der dem Schuldner zustehenden Gegenforderung. Daraus ergibt sich auch: ist die dem Schuldner zustehende Gegenforderung eine Forderung auf Kündigung, so liegt in der Kompensationserklärung zugleich eine Kündigung mit der Wirkung, dass nach Ablauf der Kündigungsfrist die Kompensationslage eintritt.[20])

Allerdings hat auch unter der Herrschaft der richtigen Theorie der Kompensationsvertrag seine Bedeutung; nicht nur dass er bedingt und betagt sein kann, dass er die Voraussetzungen der Kompensation zu erweitern vermag, — er wirkt auch als Anerkennung der Parteien, dass Forderung und Gegenforderung bestehen und sich kompensabel gegenübertreten.[21]) Dagegen hat das blosse Stillschweigen auf eine einseitige Kompensationserklärung diese Wirkung nicht: das Stillschweigen des Einen zur Kompensationserklärung des Andern macht diese nicht zum Kompensationsvertrage.[22])

Ferner ist ein Kompensationsvertrag in Bezug auf künftige Forderungen möglich, so dass diese sofort zu einander in das Aufrechnungsverhältniss treten: auch hierzu bedarf es eines Vertrages. Inwieweit ein solcher Vertrag in die Zukunft

[20]) Vgl. O.L.G. Kiel v. 26. Okt. 1883, Seuffert Bd. 42 Nr. 104; R.G. v. 29. Nov. 1886, Entsch. Bd. 17 S. 148.

[21]) Vgl. Bähr im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 2 S. 110, der eine Bestimmung vorschlägt: „Im Umfange der Aufrechnung erkennt jeder Theil die Forderung des anderen in verpflichtender Weise an."

[22]) R.G. v. 29. Juni 1892, Bolze Bd. 15 Nr. 129.

Digitized by Google

hinein bindend abgeschlossen werden kann, ist hier nicht Sache der Untersuchung.[23])

§ 5.

Kann aber die Kompensation durch blossen einfachen Rechtsakt erfolgen, so ist bezüglich des Prozesses zu fragen: ist der Kompensationsakt mit der einmaligen Erklärung im Prozess unwandelbar geschehen? oder nimmt die Kompensationserklärung an der Art der sonstigen Vertheidigungsakte des Beklagten Theil, so dass sie, wenn vollzogen, zurückgenommen werden kann, bis zum Urtheil oder doch bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urtheil?

Hier muss man sagen: wie ein in das Testament aufgenommener Akt (z. B. eine Adoption) an der Eigenart der testamentarischen Errichtung theilnimmt, dass er nämlich bis zum Tode beliebig widerrufen werden kann, so muss der Kompensationsakt an der Widerruflichkeit der Prozessakte des Beklagten Theil nehmen. Denn diese Widerruflichkeit beruht auf der Eigenart der prozessualischen Vertheidigung, wonach die Erklärungen während des ganzen Prozesses als Einheit zusammengenommen werden müssen, so dass sie sich gegenseitig ergänzen, bestimmen, neutralisiren; von welcher Eigenart nur Geständniss und gerichtliche Anerkennung eine wohlberechtigte Ausnahme machen (und ferner die Erklärung auf die Eideszuschiebung).

Es ist daher auch möglich, dass der Beklagte, der die Kompensationseinrede in einem Prozess erhoben hat, darauf verzichtet, um sie etwa in einem anderen Prozesse geltend zu machen (sei es gegen den nämlichen Kläger, sei es gegen dessen Zessionar).

Diese prozessuale Eigenheit hat zur unrichtigen Anschauung geführt, als bedürfe es zum Kompensationsrechte der Nachhülfe des Richters, so dass erst durch ihn die dem Kompensationsrechte innewohnende *conditio juris* erfüllt würde. Das ist aber unzutreffend; der Richter hat (nach deutschem Rechte wenigstens) nicht zu kompensiren, sondern nur den eingetretenen Kompensationseffekt auszusprechen; und das richterliche Urtheil

---

[23]) Vgl. auch R.G. v. 27. Febr. 1890, Bolze Bd. 9 Nr. 75.

Digitized by Google

hat nur die Bedeutung, dass die bis dahin wankende und unsichere Kompensationserklärung definitiv wird; ganz ebenso wie bei der Nichtigkeits- oder Ehescheidungsklage der Richter nicht etwa vernichtet oder scheidet, sondern nur erklärt, dass die objektiven Voraussetzungen des Nichtigkeits- oder Scheidungsrechts vorhanden sind und dass die subjektive Erklärung des Klägers definitiv feststeht und so ihr Ziel erreicht hat.[24])

Daher ist eine Kompensationseinrede ja auch vor dem Schiedsrichter möglich, und auch hier übt sie ihre konsumirende Wirkung aus.

Die Kompensation im Prozesse muss auch noch folgende Eigenheit haben: das sonst reprobirte bedingte Kompensiren ist im Prozess ein Bedürfniss, für den Fall nämlich, dass der Beklagte die Klageforderung in erster Reihe bestreitet und eventuell die Kompensation geltend macht; bei dieser Konstellation wird die Kompensationserklärung natürlich nur für den Fall gegegeben, dass die bestrittene Klageforderung, trotz der Bestreitung, vom Gerichte zuerkannt wird. Mit dem Moment, wo die Klageforderung vom Gericht an sich verworfen wird, verliert auch die Kompensationserklärung ihre Bedeutung und gilt als rechtlich nicht vorhanden. Hiervon wird alsbald gehandelt werden (S. 36 f.).

Desgleichen gilt die Kompensation durch Einrede immer nur unter der Bedingung, dass die Klage durchgeführt wird. Wenn also der Kläger seine Klage zurücknimmt, so ist die Kompensation nicht zur Wirkung gekommen und die Gegenforderung bleibt zu Recht bestehen, sei es, dass der Kläger die Klage und damit den Anspruch zurücknimmt, oder dass er die Klage mit Zustimmung des Beklagten nachträglich zurückzieht, um den An-

---

[24]) Unrichtig Eisele, Kompensation S. 248 f., 380 f. Dass *fr.* 7 § 1 *de compensat.* nicht entgegensteht, ist sicher; denn der Satz: ***si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio, nec enim rei judicatae exceptio objici potest*** will nur besagen, dass, wenn der Richter die Voraussetzungen der Kompensation als nicht vorhanden und mithin die Kompensation als nicht wirksam erfolgt erklärt, diese Erklärung ebensogut Recht schafft, wie wenn er einen sonstigen Tilgungsakt der Forderung als unwirksam erklärt. Ist aber die Kompensation nicht erfolgt, so besteht die Gegenforderung weiter.

Digitized by Google

spruch anderwärts geltend zu machen; die Kompensation ist hier nicht vollzogen.

§ 6.

Hieran schliesst sich die weitere Frage, wie lange eine Kompensationserklärung in wirksamer Weise abgegeben werden kann? Natürlich, die prozessualische Erklärung folgt auch hier der Eigenart des Prozesses; kann aber etwa eine ausserprozessualische Kompensationserklärung dem Urtheile nachfolgen, so dass sie berücksichtigt werden muss, auch wenn der Beklagte sie im Prozesse nicht gebracht hat? dass sie berücksichtigt werden muss in der Vollstreckungsgegenklage?

Die Frage ist für unser Recht zu verneinen.

Dass nach dem Urtheile nicht mehr auf eine frühere ausserprozessualische Kompensationserklärung Bezug genommen werden darf, welche die Forderung kraft Gegenforderung getilgt hätte, versteht sich von selbst; dies gilt ja ebenso, wie man sich nicht auf eine frühere Zahlung oder Deposition berufen dürfte. Aber es ist jetzt auch nicht mehr statthaft, auf Grund eines bisherigen objektiven Kompensationsverhältnisses die Kompensationserklärung nachzuholen und das latente Kompensationsverhältniss nachträglich zur Geltung zu bringen. Das Urtheil hat einen Fesstellungskarakter bezüglich aller das Rechtsverhältniss betreffenden objektiven Verhältnisse, auch bezüglich derjenigen, die noch eines civilistischen Subjektivaktes bedürfen, um wirksam zu werden; es konsumirt nicht nur die objektiven Verhältnisse, die zu völlig perfekten Einwänden, sondern auch solche, die zu den noch eines Subjektivaktes bedürftigen *exceptiones* Veranlassung geben. Das Urtheil beruht auf der Anschauung, dass das vergangene Material hätte gebracht werden sollen, sowohl was das Objektivmaterial, als auch was das noch eines subjektiven Ergänzungsaktes bedürfende Exzeptionsmaterial betrifft: diese subjektiven Akte müssen vor dem Urtheile vollzogen sein, um zur Geltung zu gelangen, denn sie müssen, um zur Geltung zu gelangen, vor dem Urtheil, als vollzogen, dem Gericht unterbreitet werden.

Daher kann gegenüber dem Urtheil eine Kompensationseinrede nur dann wirken, wenn die kompensable Situation

Digitized by Google

erst nach dem Urtheile bezw. der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist, also gemäss § 686 Abs. 2 der C.P.O.

Das Urtheil hat daher gegenüber der Kompensation, wie gegenüber anderen civilistischen Erlöschungsgründen konsumirende Wirkung.[25])

Soweit die konsumirende Kraft des Urtheils.

Dagegen schliesst die Zahlung der Forderung die künftige Kompensationserklärung nur aus nach dem Rechte der Voraussetzung; sofern in der Zahlung eine Anerkennung der wirksamen Forderung und damit zugleich ein Verzicht auf den ein Unwirksamkeitsverhältniss zur Geltung bringenden Kompensationsakt zu erblicken ist, oder sofern der Zahlende sich wegen seiner Sorglosigkeit und Verkehrtheit so behandeln lassen muss, wie wenn er darauf verzichtete; während *ex justa causa* eine Nachholung des Kompensationsaktes und dem entsprechend ein *condictio indebiti* gestattet ist.

Dies ist unbestritten, es ist unbestritten für das römische Recht, wo es in dem (ursprünglich von der *deductio* des *bonorum emptor* sprechenden) *fr.* 10 § 1 *D. de comp.* und in *fr.* 30 *D. de cond. indeb.* gesagt ist[26]); während im französischen Recht, bei der dortigen *ipso jure* Wirkung der Kompensation, die *condictio indebiti* sich ohne diesen Gesichtspunkt von selbst versteht.[27])

Diese *condictio indebiti* hat heutzutage noch ihre gute Bedeutung; so wenn Jemand eine Forderung mit Zinsen bezahlt hat, obgleich er mit einer unverzinslichen Forderung hätte kompensiren können; so auch insofern, als der *malae fidei* Empfänger des Geldes Strafzinsen bezahlen muss, während etwa die Gegenforderung unverzinslich ist, so dass also die *condictio* mehr bietet, als die Einklagung der nicht zur Kompensation gebrachten Gegenforderung. Eine Hauptbedeutung liegt aber im Konkurs,

---

[25]) Anders das gemeine Recht auf Grund der *c.* 2 *C. de compens.*; anders auch andere frühere Rechte, z. B. Preuss. Ger.O. I 24 § 36, Bad. C.P.O. § 858 (mindestens wenn die Gegenforderung rechtskräftig feststand). Nach dem obigen Prinzip entschied auch der Oesterr. Oberste Gerichtsh. mit Urth. v. 12. März 1885, Glaser-Unger Bd. 25 Nr. 12505; v. 13. Juli 1887, Bd. 25 Nr. 11676 (anders v. 14. Juli 1880, Bd. 19 Nr. 8766).

[26]) Vgl. Donellus, *de jure civili* XVI 15 Nr. 39.

[27]) Vgl. Demolombe XXVIII 623.

Digitized by Google

wenn der Drittschuldner dem Konkursverwalter aus Irrthum zahlt, obgleich er kompensiren könnte: hier hat er die Rückforderung als Masseforderung; wie ja denn das *fr.* 10 § 1 *cit.* ursprünglich vom *bonorum emptor* und von der ihn betreffenden *deductio* sprach, vgl. Lenel, *Palingenesia*, Ulpian Nr. 1426.

Wenn man daher im modernen Rechte angenommen hat, die *condictio indebiti* habe keinen besonderen Werth mehr,[28]) so ist dies ebenso irrig wie die Meinung, dass sie im System des deutschen Entwurfs ausgeschlossen sei.[29])

Das Gleiche gilt aber auch umgekehrt: wer auf eine in Kompensation stehende Forderung Zahlung empfängt, so dass diese Forderung getilgt und damit zur Kompensation unfähig gemacht wird, muss durch *condictio* die Wiederherstellung der getilgten Forderung zum Zwecke der Kompensation verlangen dürfen, natürlich unter Rückgabe des gezahlten Geldes, und sofern eine *justa causa* vorliegt. Man setze den Fall: es bestehen seit fünf Jahren zwei Forderungen gegen einander, eine verzinsliche des *B* gegen *A* und eine unverzinsliche des *A* gegen *B* und es sind 5 Jahre keine Zinsen bezahlt worden; *B* zahlt die unverzinsliche Forderung an *A*, so dass dieser nicht mehr kompensiren kann und mithin *B* nicht nur das Kapital, sondern auch die in 5 Jahren aufgelaufenen Zinsen verlangen könnte. Wenn hier *B* die Zahlung bloss anbietet, so kann *A* kompensiren und die Zahlung als die eines *indebitum* zurückweisen. Dies muss aber auch nachträglich gestattet sein, wenn z. B. ein ungeschickter Vertreter des *A* das Geld in Empfang genommen hat. Die *condictio* geht hier auf Wiederherstellung der bezahlten Forderung des *A* gegen *B*, und zwar auf Wiederherstellung mit dem Kompensationsrechte, wie es die durch Zahlung erloschene Forderung hatte. Ganz unrichtig wird ihm dieses Recht von Windscheid § 349 Note 17 abgesprochen; und wenn Windscheid hier argumentirt, es liege ja von Seiten des Zahlungsempfängers nur die irrthümliche Verwendung eines Vermögensstückes, nämlich der Gegenforderung gegen den Gläubiger vor, was den Schuldner nicht berechtige, die gemachte Verwendung zurückzunehmen, so ist es ja eben stets

[28]) Eisele S. 267 ff.

[29]) Motive zum Entw. I. Lesung Bd. 2 S. 109.

Digitized by Google

eine unrichtige Verwendung von Vermögensstücken, welche die *condictio* erzeugt, und wesentlich ist nur, dass die Verwendung gemacht ist unter Voraussetzungen, die dem Gegner bekannt waren oder bekannt sein mussten, und deren Richtigkeit nach den Regeln der *bona fides* als stillschweigende Bedingung für das Berechtigtsein der Vermögenszuwendung zu betrachten ist. Das gilt aber hier ebenso wie im umgekehrten Fall. Denn hier hat der Empfänger die Zahlung unter der Voraussetzung angenommen, dass hierdurch kein Kompensationsrecht aufgegeben werde. Das konnte und musste der Zahlende wissen (die Voraussetzung war also zweiseitig); er muss es sich darum gefallen lassen, dass der Empfänger *ex justa causa* darauf zurückkommt und das verlorene Kompensationsrecht zurücknimmt; er darf den Empfänger nicht bei seinem Irrthum oder seiner entschuldbaren Vergesslichkeit festhalten.

§ 7.

Durch diese ganze Betrachtungsweise gewinnt die Kompensation im Prozesse ein anderes Gesicht: der Einwand der Kompensation ist ein prozessualer Akt, aber er ist zugleich die Ausübung eines civilistischen Subjektivrechts, des Rechts, eine latente objektive Situation zur Wirksamkeit zu bringen; ganz ebenso wie der prozessuale Vergleich zugleich eine civilistische Verschiebung der Rechtslage herbeiführt: die Kompensationseinrede ist eine prozessualische Rechtsaktion mit civilistischer Wirkung.

Das Gleiche muss natürlich gelten, wenn der Kläger in der Klage kompensirt (*cum compensatione agit*), also erklärt, er wolle den Anspruch von 1000 in der Art geltend machen, dass er die Zahlung von 500 verlangt, und im Uebrigen seinen Anspruch gegen einen Gegenanspruch des Beklagten aufrechnet.[30]) In der That stehen hier 1000 *in actione*, denn der Kläger sagt:

a) ich verlange 500 in baar,

b) ich mache bezüglich weiterer 500 von dem Rechte der Aufrechnung Gebrauch, tilge dadurch die Gegen-

[30]) Vgl. auch schon Dernburg, Kompensation S. 547 f. Zu dieser Aufrechnung ist der Gläubiger berechtigt, nicht verpflichtet, vgl. S. 74.

Digitized by Google

forderung und verlange die Anerkennung dessen durch das Gericht.

Es ist daher wohlbegründet, dass hier für die Bemessung der Prozesskosten die vollen 1000 Mark in Rechnung gestellt werden. Natürlich; denn wenn der Beklagte behauptet, dass er dem Kläger gar nichts schuldig ist, also weder die ersten noch die zweiten 500, so dass seine Gegenforderung von 500 intakt bleibe und der Kompensationsakt des Klägers nichtig sei, so hat das Gericht naturgemäss auch darüber zu entscheiden; es hat ja auch darüber zu entscheiden, wenn etwa der Kläger in einer Klage nichts weiter als kompensiren wollte, wenn er also erklärte: ich verlange nichts in baar, aber ich kompensire 500 mit 500 und verlange anzuerkennen, dass diese Kompensation mit Wirkung eingetreten ist. Denn in der That enthält ja die Erklärung des Gerichts, dass die Aufrechnung stattfinde oder stattgefunden habe, eine Entscheidung nicht nur bezüglich des Klägers und insofern zu seinem Nachtheil, als hiermit das Erlöschen seiner Forderung konstatirt wird, sondern auch eine Entscheidung zum Nachtheil des Beklagten, sofern erklärt wird, dass zu gleicher Zeit dessen Forderung erloschen, dass nämlich die Forderung des Klägers in befugter Weise zur Deckung dieser Forderung verwendet worden ist. Es liegt also eine Entscheidung in der Höhe der zur Kompensation gelangten Forderung vor: wenn der Kläger nichts als 500 kompensiren und dies anerkannt haben will, so liegt ein Streitwerth von 500, und wenn er mit 500 kompensiren und dazu weitere 500 heraus haben will, so liegt ein Streitwerth von 1000 vor.[31]) Und es kann sich höchstens der Kosten wegen darum handeln, ob man nicht annimmt, diese kostspielige Weise der Kompensation sei unnöthig gewesen und eine aussergerichtliche Kompensation hätte genügt (§ 89 C.P.O.).[31a])

[31]) Anders wenn der Kläger erklärt, bezüglich der 500 Mark habe ein aussergerichtlicher Kompensationsakt oder ein Kompensationsvertrag stattgefunden; in diesem Fall enthält die Klage nicht schon von selbst das Begehren, festzustellen, dass dieser Kompensationsakt wirksam stattgefunden habe; es müsste denn ausdrücklich gestellt sein, und dann würden die Voraussetzungen der Feststellungsklage gelten; ist es nicht gestellt, so hat das Gericht bezüglich dieser 500 nicht zu entscheiden.

[31a]) Dagegen könnte die Klage in diesem Falle nicht desswegen ab-

Digitized by Google

Daher ist es auch keine Klageänderung, sondern nur eine erlaubte Modifikation des Klagebegehrens, wenn der Kläger in der ersten Instanz auf Kompensation klagt und in der zweiten Instanz die Klage in eine Klage auf Zahlung des Kompensationsbetrages umändert.[32])

Soweit die Kompensation durch Klage.

Meist geschieht aber der prozessuale Kompensationsakt durch Einrede. Hier gilt nun folgendes Prinzip:

Die Tilgung durch prozessuale Kompensation ist Tilgung durch Aufopferung eines Vermögensstückes des Beklagten. Daraus ergibt sich die wichtige Konsequenz: wenn die Kompensationseinrede neben anderen Einreden gebracht wird, so ist sie immer eventuell gedacht; ebenso wie wenn etwa der Beklagte sagen würde: ich bestreite zunächst die Klage, eventuell stelle ich den Klageforderungsbetrag zur Verfügung: die Kompensation ist ebensosehr ein durch Aufopferung eigenen Vermögens tilgender Akt, wie die Zahlung und die *datio in solutum;* es ist, wie wenn der Beklagte sagte: ich bestreite die Forderung, eventuell deponire ich den Forderungsbetrag.

Daher darf sich der Richter niemals der Entscheidung über Existenz oder Nichtexistenz der Klageforderung mit der Motivirung entschlagen, dass sie, ob sie bestehe oder nicht; doch jedenfalls durch Gegenforderung aufgehoben sei.[33])

Das Verhältniss kann im Urkundenprozesse zu der schwierigen Komplikation führen, dass die Kompensationseinrede urkundlich dargethan ist, eine andere Einrede aber wegen Illiquidität zum besonderen Austrag verwiesen wird.[34]) Wie ist in diesem Falle zu entscheiden? Hierüber habe ich bereits in meinen Prozessrechtlichen Forschungen S. 118 f. gehandelt.

---

gewiesen werden, weil die Voraussetzungen der Feststellungsklage nicht vorlägen; denn hier wird prozessualisch kompensirt und dann die Feststellung verlangt, dass dies gültig geschehen ist. Der Prozess ist daher nicht erst durch das Feststellungsbegehren, sondern schon durch den Kompensationsakt begründet.

[32]) R.G. v. 27. Jan. 1885, Entsch. Bd. 14 S. 346.

[33]) Zu welchen Folgen das führt, darüber vgl. die Entsch. in der Zeitschrift für Civilprozess Bd. 10 S. 131.

[34]) Vgl. meine Civilprozessualen Rechtsaufgaben Nr. 27.

Digitized by Google

Daraus geht ferner hervor: durch die Kompensation erlöschen auch die Pfandrechte, die der Schuldner für seinen Gegenanspruch hatte; darum muss er die Pfandsache zurückgeben, ja der Gegner kann mit einer *replica doli* zur Geltung bringen, dass es gegen das *aequum jus* sei, zu kompensiren und zugleich die Sicherungsmittel für die Gegenforderung zu behalten: deshalb kann der Gegner die Wirkung der Kompensation so lange ablehnen, bis die Rückgabepflicht erfüllt ist.[35])

Die Kompensation ist endlich Tilgung durch Aufopferung, und damit natürlich durch Geltendmachung eines Vermögensstückes (der Gegenforderung). Daraus zogen die Römer mit Recht den Schluss: hat der *procurator* die *stipulatio ratam rem haberi* oder *amplius non peti* abgeschlossen, so verfällt diese Stipulation, nicht nur wenn der *dominus* Klage erhebt, sondern auch wenn er kompensirt: *sive quis petat sive compensatione utatur, committitur statim ratam rem dominum habiturum stipulatio, fr.* 12 § 3 *ratam rem hab.;* und: *nam et si quis adversus petentem compensatione deductioneve usus sit, recte dictum est petisse eum videri et stipulationem committi amplius non peti, fr.* 15 eod.[35a]) Und ebenso verhält es sich, wenn dem Erben die Auflage gemacht ist, etwas nicht zu fordern, und er kompensirt.

Soweit die Kompensation durch Klage und Einrede.

Kann der Kläger auch durch **Replik** kompensiren, so dass, wenn er den Anspruch I klagend geltend gemacht und der Beklagte mit dem Anspruch II kompensirt hat, er nunmehr einen Anspruch III gegen den Anspruch II in Kompensation bringen kann?

Es ist dies dasselbe, wie wenn man fragen wollte: Kann der Kläger in diesem Falle, wenn er den Anspruch I erhoben und der Beklagte den Anspruch II *compensando* eingewendet

---

[35]) R.G. v. 7. April 1883, Seuffert Bd. 38 Nr. 308. In solchem Fall ist daher der Beklagte zu verurtheilen, zu zahlen oder seine Pfänder herauszugeben.

[35a]) Dies musste auch dann gelten, wenn der Beklagte sich vor dem *praetor* auf die Gegenforderung bezog und darauf hin der Kläger in alter Weise *cum compensatione* oder *cum deductione* klagte; eine Kompensationsweise, auf die sich **Paullus** in dem zitirten *fr.* 15 zurückzubeziehen scheint.

Digitized by Google

hat, eine zweite Klage erheben, wodurch er den Anspruch III mit diesem Anspruch II kompensiren will? Denn die Kompensation durch Replik steht einer Kompensation durch Klage gleich, und es steht sich in der Replik Anspruch III und Anspruch II gegenüber, wie wenn der Kläger den Anspruch III zum Gegenstand einer Klage gemacht hätte mit dem, dass er ihn mit Anspruch II aufrechnen wolle. Das wäre also eine Kompensation zweiter Ordnung von III gegen II, nachdem bereits im ersten Prozess in erster Linie eine Kompensation II gegen I angestrengt worden ist.

Eine solche zweite Kompensation nach der ersten ist aber sicher unzulässig; denn eine solche Kompensation zweiter Ordnung würde das Wahlrecht, das der Beklagte durch seine Kompensationserklärung ausgeübt hat, durch ein anderes Wahlrecht, das Wahlrecht des Klägers, ersetzen und damit den Rechtsakt des Beklagten wieder aufheben. Dazu hat der Kläger kein Recht; denn jeder Gläubiger hat, wie oben bemerkt, die Befugniss, seine Forderung nach seiner Wahl durch Kompensation zu verwerthen, und ein dem entsprechender Kompensationsakt hat und behält darum seine Vollwirkung und kann nicht durch einen Gegenakt in Frage gestellt werden.[36]) Dies gilt namentlich auch dann, wenn der Gläubiger nur einen Theil seiner Forderung einklagt und der Schuldner kompensirt; hier kann der Gläubiger nicht den restirenden Theil seiner Forderung bringen, um die Kompensation aus dem Felde zu schlagen: denn er hat kein Recht zu verlangen, dass die Kompensation auf einen anderen Theil der Forderung bezogen wird, als es der Beklagte bereits gethan hat; Reichsgericht 19. Mai 1882 Entsch. Bd. 7 S. 243.

Nur dann wäre es anders, wenn der Beklagte dieses Wahlrecht in einer Weise ausüben würde, welche den oben (S. 7) entwickelten Prinzipien widerspräche. Dann wäre es Sache des Klägers, durch *replica compensationis* eine Rektifikation eintreten zu lassen: diese hätte dann die Bedeutung: die Kompensation

[36]) Vgl. R.O.H.G. v. 20. Sept. 1872, Entsch. Bd. 7 S. 364; v. 28. Febr. 1874, Bd. 12 S. 289; v. 11. Sept. 1874, Bd. 15 S. 105. Vgl. ferner die Entsch. oben S. 7.

Digitized by Google

von III gegen II geht der Kompensation I gegen II vor und überwindet sie.

Anders wäre es natürlich auch, wenn der Kläger nicht in der Replik kompensirte, sondern sich in der Replik auf einen bereits früher erfolgten aussergerichtlichen Kompensationsakt bezöge. Denn in diesem Falle würde er nicht eine bestehende Gegenforderung kraft seiner Replikerklärung zerstören, sondern sich darauf beziehen, dass sie bereits vernichtet sei.[37]) Daher nimmt man auch im französischen Recht an, dass eine *compensation légale*, d. h. eine kraft des Zusammenbestehens von Forderung und Gegenforderung bereits von selbst erfolgte Obligationsaufhebung, durch Replik geltend gemacht werden könne nicht aber eine *compensation judiciaire:*[38]) die *compensation légale* des französischen Rechts bedeutet eine Tilgung kraft Gesetzes, so dass es eines Kompensationsaktes nicht mehr bedarf; die *compensation judiciaire* entspricht der Kompensation unseres Rechts (S. 56 f.).

Der Kompensationsakt kann also durch Klage, Einrede und selten auch durch Replik erfolgen. Hier müssen wir nun auf ein Früheres zurückgreifen: der Schuldner kann die Kompensation auf diese Weise vorschützen, nicht auch ein Dritter. Daraus geht für die prozessuale Kompensation, falls ein Intervenient in den Prozess eintritt, folgendes hervor:

a) Es ist dem Intervenienten nicht gestattet, aus der Person des Beklagten oder Klägers zu kompensiren; denn dies wäre eine Verfügung über ein fremdes Forderungsrecht, was nicht angeht.

b) Ob aber der Intervenient aus seiner eigenen Person kompensiren darf, richtet sich darnach, ob für diese Kompensation die civilistischen Voraussetzungen gegeben sind, was bei der einfachen Nebenintervention nicht wohl stattfinden wird, bei der streitgenössischen nach Massgabe des Civilrechts möglich ist.[39])

---

[37]) Vgl. R.O.H.G. v. 27. Nov. 1875, Entsch. Bd. 19 S. 76; Bayerischer Oberst. Gerichtsh. v. 4. Mai 1878, Entsch. des Oberst. Gerichtsh. Bd. 7 S. 436.

[38]) Demolombe XXVIII 686 und die hier zit. Entsch. des Kassationshofs v. 29. März 1841.

[39]) Vgl. übrigens auch Schollmeyer, Kompensation S. 87 ff., obgleich dessen Grundgedanke von der unentwickelten Widerklage unhaltbar ist.

Digitized by Google

Anders wäre es natürlich, wenn der Intervenient behaupten wollte, dass bereits eine aussergerichtliche Kompensation durch die Partei erfolgt ist. Dies wäre statthaft; denn hier würde der Intervenient nicht kompensiren, sondern sich auf eine bereits erfolgte Kompensation berufen, was er ebenso darf, wie auf eine erfolgte Zahlung oder Deposition. Denn ist der Kompensationsakt mit Wirkung vollzogen worden, so ist die Forderung erloschen, und sie ist erloschen für Jeden, auch für Dritte.

§ 8.

Wenn nun der Kläger in der Klage oder der Beklagte in der Einrede kompensirt, so kann dies folgenden Sinn haben:

a) ich kompensire mit einer Gegenforderung, die bereits gerichtlich festgestellt ist;

b) ich kompensire mit einer Forderung, die zwar noch nicht gerichtlich festgestellt ist, aber einen vollstreckbaren Titel für sich hat;

c) ich kompensire mit einer Forderung, die zwar noch nicht festgestellt ist, aber bereits in einem anhängigen Prozesse zur Entscheidung obschwebt;

d) ich kompensire mit einer Forderung, bezüglich welcher keine der obigen Eventualitäten zutrifft, deren Feststellung ich aber nöthigenfalls in diesem Prozesse begehre.

Im ersten Fall hat das Prozessgericht nur zu konstatiren, dass bereits eine Feststellung eingetreten ist und dass die Forderungen sich zur Kompensation eignen.

Schwierigkeiten kann die Frage nur bereiten, wenn es sich um ein ausländisches Urtheil handelt: dieses eignet sich zur Kompensation, wenn es uns als *res judicata* gilt, und dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 661 C.P.O. erfüllt sind; eines Vollstreckungsurtheiles bedarf es nicht: die Kompensation ist keine Vollstreckung, und die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 661 vorhanden sind, vollzieht der Prozessrichter, der über die Kompensation entscheidet.[39a])

[39a]) Unrichtig nimmt das Seinetribunal im Urtheil v. 7. Aug. 1890, *Journ. du droit intern. privé* XIX p. 968 an, dass es zur einredeweisen Geltendmachung des Urtheils eines *Exequatur* bedürfe. Hiergegen vgl. Gesammelte Beiträge zum Civilprozess S. 561.

Digitized by Google

Im dritten Fall ist gleichfalls die Würdigung des Prozessgerichts auf diese Frage zu beschränken, wobei das Resultat des anderen Prozesses abzuwarten ist.[39b])

Dieser dritte Fall, die Kompensation mit einer rechtshängigen Forderung, hat bei uns lange nicht die grosse technisch-prozessuale Schwierigkeit, wie in Rom beim *agere cum compensatione* des *argentarius.* Gajus spricht in dem bekannten *fr.* 8 *D. de compens.* von diesem Fall; die Schwierigkeit lag darin: einerseits sollte der *argentarius* in der Klage die Gegenforderung in Abzug nehmen (soweit er sie für berechtigt hielt), anderseits unterlag er der obschwebenden Klage und konnte hier verurtheilt werden. Das hätte zu einer doppelten Belastung durch die Gegenforderung geführt, zum Abzug in der Klage und zur Verurtheilung im Gegenprozesse, einem Resultate, welches durch Kautionsleistung oder durch sonstiges Dazwischen treten des Prätors ausgeglichen werden musste.

Für uns ist die Sache wesentlich anders, wenn schon sich die ganze bisherige Doktrin und Praxis fast einstimmig hierfür auf das *fr.* 8 berufen hat; jedenfalls steht die Zulässigkeit der Kompensation in diesem Fall ausser Frage.[40])

Die Beziehung zwischen dem obschwebenden Prozess und dem Prozess, in dem die Kompensation stattfindet (Kompensationsprozess), entwickelt sich aber bei uns in folgender Art:

1) Wird der Beklagte in diesem obschwebenden Prozesse verurtheilt, so darf der Kläger dieses Urtheil, insoweit als er es im Kompensationsprozesse zur Kompensation verwendet, nicht noch ausserdem zur Exekution bringen; denn der Anspruch, der hiermit zum Siege kommt, ist bereits zum Zwecke der Kompensation verwendet und verbraucht; es wäre nur dann anders, wenn der Kompensationsberechtigte auf die Kompensationseinrede verzichtete oder die Einrede sonst wegfiele.

[39b]) Bei ausländischem Prozess kommt es auch hier darauf an, ob das im Prozesse zu erwartende Urtheil für uns *res judicata* beiwirken wird. Vgl. Gesammelte Beiträge S. 554 und die hier angef. Entsch. des Reichsgerichts.

[40]) Vgl. Kiel v. 20. April 1853, Seufferts Arch. Bd. 7 Nr. 300; Dresden v. 20. Febr. 1862, ebendas. Bd. 16 Nr. 39; Stuttgart v. 28. Mai 1867, ebendas. Bd. 21 Nr. 117.

Digitized by Google

2) Im Prozesse, in dem die Kompensation geltend gemacht wird, kann ein Vorbehaltsurtheil nach § 274 C.P.O. ergehen und die Kompensationseinrede zum besonderen Austrage verwiesen werden. Ist nun der andere Prozess, in welchem der Kompensant diese Forderung einklagte, erledigt, so kann jeder Theil das Nachverfahren betreiben, insbesondere der Kläger, wenn das Urtheil in diesem anderen Prozesse die Kompensationsforderung abgewiesen hat, der Beklagte, wenn es die Kompensationsforderung bestätigt hat, in welch letzterem Falle naturgemäss das Vorbehaltsurtheil aufzuheben ist.[41])

Die Schwierigkeit, dass der eine Prozess durch diesen auf den anderen Prozess verweisenden Kompensationseinwand verzögert würde, ist nur die gewöhnliche Illiquiditätsschwierigkeit, die durch die üblichen Mittel zu begleichen ist, also bei uns nach Massgabe des § 274 C.P.O.

Unrichtig wäre es allerdings, den Prozess, in dem die Kompensationseinrede geltend gemacht wird, nach § 139 bis zur Erledigung des anderen Prozesses, wo über die Kompensationsforderung entschieden wird, zu sistiren: dieser zweite Prozess entscheidet ja nicht über eine Präjudizialfrage bezüglich des ersten,[42]) und die Sistirung wäre ein Unrecht gegen den Kläger und ein Widerspruch gegen das in § 274 C.P.O. (*c.* 14 § 1 *C. de comp.*) ausgesprochene Prinzip.

3) Wie aber, wenn in diesem Falle der Zessionar klagt, während der Schuldner die Gegenforderung gegen den Zedenten eingeklagt hat und sie nunmehr im Prozesse des Zessionars zur Kompensation bringt?

Auch in diesem Falle ist das Resultat wie vorhin; auch hier darf der Drittschuldner als Kläger sein etwaiges Urtheil insoweit nicht gegen den Zedenten vollstrecken, als er die Forderung dem Zessionar *compensando* entgegenhält; denn durch Kompensation gegen den Zessionar wird die Forderung gegen den Zedenten zur Tilgung gebracht.

4) Schwierigkeit kann dieser Fall allerdings dadurch bereiten, dass in dem bereits obschwebenden Prozesse, der zur

[41]) Vgl. auch schon Dernburg, Kompensation S. 537.

[42]) Insofern richtig R.G. v. 3. Jan. 1894, Seufferts Arch. Bd. 49 Nr. 203.

Digitized by Google

Kompensation verwendet werden soll, der dort Beklagte ebenfalls kompensiren will. Das würde virtuell zur *replica compensationis* mit all ihrer Inkorrektheit führen. Es gilt daher auch hier das Prinzip der Prävention: ist also im obschwebenden Prozesse die Kompensationseinrede erhoben worden, bevor dieser Prozess seinerseits zur Kompensation gebracht wird, so darf er nicht mehr zur Kompensation gebracht werden, denn dies wäre eine Kompensation „zweiter Ordnung."

Anders, wenn der obschwebende Prozess zur Kompensation gebracht wird und erst nachträglich in diesem obschwebenden Prozess eine Kompensationseinrede erhoben wird.

Allerdings kann man diese Kompensationseinrede in diesem obschwebenden Prozesse nicht verbieten; allein der Kläger dieses obschwebenden Prozesses hat das Recht zu verlangen, dass, wenn er ihn im anderen Prozesse zur Kompensation verwendet, jene Kompensationseinrede ausser Berücksichtigung bleibt und mithin die in seinem Prozess festgestellte Klageforderung kompensirend wirkt, als wie wenn nicht wiederum gegen sie eine Kompensationseinrede gebracht worden wäre.

Mithin kann hier der obschwebende Prozess zur Kompensation verwendet werden, obgleich die gegen ihn erhobene Kompensationseinrede erwiesen wird; natürlich hat in diesem Falle der, welcher die Kompensationseinrede erwiesen hat, eine *condictio* auf den Betrag der nachgewiesenen Kompensationseinrede, um so diese Einrede nachträglich zur Geltung zu bringen.

Alles dies ist wichtig: durch die Kompensation kann ja möglicher Weise eine unverzinsliche Forderung eine verzinsliche Forderung sammt Zinsen konsumiren: es ist daher wichtig, dass man die Kompensation eintreten lässt, worauf dann die (virtuelle) *replica compensationis* auf den Weg der *condictio* verwiesen wird.

Eine Ausnahme würde natürlich gelten, wo ausnahmsweise die *replica compensationis* statthaft ist.

Soweit also der dritte Fall, der Fall, wenn mit einer bereits im Prozesse schwebenden Forderung kompensirt werden soll.

Nunmehr wenden wir uns dem zweiten Falle zu, wenn

Digitized by Google

die Kompensationsforderung zwar kein rechtskräftiges Urtheil, aber einen vollstreckbaren Titel für sich hat.

In diesem Falle könnte man an eine einstweilige Kompensation unter Vorbehalt der Ausgleichung (im Falle der nachträglich erwiesenen Mängel des vollstreckbaren Titels) denken: das Urtheil wäre ein klageabweisendes unter Vorbehalt. Allein dies hat die Prozessordnung mit Recht nicht allgemein angenommen. Vielmehr ist zu unterscheiden:

Handelt es sich a) um einen vollstreckbaren Vertrag, so hat die Vollstreckbarkeit hier keine Wirkung, sondern es ist der Vertrag und die Vertragsobligation im Prozesse zu erweisen nach der Regel wie unter Nr. 4.

Handelt es sich b) um ein noch nicht rechtskräftiges, aber für vollstreckbar erkanntes Urtheil, so liegt der Fall zu 3 vor; denn man kompensirt mit einer noch im unerledigten Prozess obschwebenden Forderung.

Nur c) in dem Falle gilt etwas anderes, wo der vollstreckbare Titel ein rechtskräftiges Vorbehaltsurtheil ist. Dieses kann zur Kompensation gebracht werden; es tilgt dann die Klageforderung, aber unter Vorbehalt. Es ist dann ebenso, als ob auf Grund des Vorbehaltsurtheils bezahlt würde. Der Beklagte des Vorbehaltsurtheils kann daher ein Nachverfahren erregen und eine Korrektur des Urtheils durchsetzen, und wenn er obsiegt, so wird das Vorbehaltsurtheil gestürzt und die dadurch kompensirte Forderung wird hergestellt.

Nunmehr wenden wir uns zum vierten Falle, den man meist allein ins Auge fasst; hier hat das Prozessgericht, bei dem die Einrede gebracht wird, eine gesteigerte Funktion. Es hat nicht nur zu prüfen, ob die Kompensationserklärung stattgefunden habe und ob sich die allenfalsige Gegenforderung zur Kompensation eigne, sondern ob die Gegenforderung auch bestehe; mit anderen Worten: die Kompensationseinrede enthält

a) die Erklärung: ich vollziehe den Kompensationsakt,

b) den Antrag, festzustellen, dass dieser Akt wirksam ist, nicht nur was die Geeignetheit des Gegenanspruchs zur Kompensation, sondern vor allem auch, was das Vorhandensein des Gegenanspruchs betrifft.

In diesem Fall enthält daher die Kompensationseinrede

Digitized by Google

zugleich ein Begehren an das Gericht, über den Gegenanspruch in massgebender Weise zu entscheiden, also eine Streitverfangung des Gegenanspruchs; in diesem Falle wird der Gegenanspruch rechtshängig: er wird rechtshängig nicht überhaupt und durchaus, aber er wird rechtshängig, soweit er zur Kompensation erforderlich ist.

Die Frage, ob die Kompensation Rechtshängigkeit bewirkt, darf darum gar nicht allgemein entschieden werden, sie darf nur entschieden werden mit obiger Massnahme. Auch hier, wie so oft, haben in der Kontroverse beide streitenden Theile recht, sofern man nur eben richtig unterscheidet und jedem Theile das beimisst, was seinem Standpunkte zugehört.[43])

In der That bewirkt also in diesem Falle die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit, denn der Richter entscheidet über die Gegenforderung, weil er über die Wirksamkeit des Kompensationsansaktes entscheidet. Es ist daher völlig unrichtig, sich die Sache so zu denken, dass es sich um einen blossen Präjudizialpunkt handle, über den sich der Richter schlüssig machen müsse, um über die Klage zu entscheiden: das Gericht hat sich nicht bloss eine Ansicht über die Existenz oder Nichtexistenz der Gegenforderung zu bilden, um über die Hauptforderung zu urtheilen, sondern das Gericht hat die Gegenforderung wirklich festzusetzen, über die Gegenforderung wirklich zu entscheiden; denn nur so kann es über die Wirksamkeit des Kompensationsaktes und damit *per consequentiam* über das Nochfortbestehen oder Nichtmehrfortbestehen der Hauptforderung entscheiden. Es wäre dasselbe, als wie wenn der Beklagte die Zahlungsmittel deponirt hätte und es sich darum handelte, ob durch diese Deposition die Klageforderung erloschen ist: auch hier wäre ja die Frage, welchen Einfluss die Deposition hat, von dem Prozessgerichte in endgültiger Weise zu erledigen; und ebenso verhält es sich, wenn behauptet wird,

---

[43]) Es bedarf kaum eines Hinweises auf die Doktrin und Judikatur über diese Frage. An Entscheidungen vgl., ausser R.G. v. 16. Mai 1882 (Entsch. Bd. 6 S. 420), 11. Mai 1886 (Entsch. Bd. 16 S. 372), auch O.L.G. Oldenburg v. 2. April 1887, Seufferts Arch. Bd. 45 Nr. 278. Vgl. namentlich Gaupp zu § 136 II und III B 2, wo auch noch Note 39 weitere Entscheidungen. Vgl. auch schon Dernburg, Kompensation S. 537.

Digitized by Google

dass während des Prozesses ein Erlass oder ein Anerkennungsvertrag stattgefunden hat. Und in unserem Falle liegt nur die Eigenthümlichkeit vor, dass die Entscheidung über die Gültigkeit des Aktes zugleich die Entscheidung über die Gültigkeit der in den Akt aufgenommenen Gegenforderung enthält, also die Entscheidung über eine nur durch den Kompensationsakt mit der Klageforderung verknüpfte Rechtsbeziehung.

Daraus ergibt sich 1) für das materielle Recht: durch diese Kompensationseinrede wird die Verjährung unterbrochen. Dies nimmt auch die Praxis an;[44]) — es wäre auch sehr sonderbar, wenn in solchem Falle der Beklagte stets noch eine Widerklage mit verbinden müsste, um die Verjährung zurückzuhalten. Natürlich ist dies sehr praktisch für den Fall, dass die Kompensationseinrede nicht zum Ziele führt, etwa weil der Kläger die Klage aufgibt oder weil die Klage von sich aus abgewiesen wird. Jetzt wäre ja die ganze Frist, seitdem die Kompensationseinrede gebracht ist, für den Beklagten ein *tempus mortuum*. und die Verjährung wäre möglicherweise eingetreten, so sehr er sich um die Kompensation bemüht hätte.

Daraus ergibt sich 2) für das Prozessrecht, dass der mit der Kompensationseinrede angegriffene Kläger auch die Befugniss (und eventuell die Pflicht) der Streitverkündung hat; so wenn ihm eine Bürgschaftsforderung entgegengehalten wird, oder wenn er Zessionar ist und der Beklagte mit einer Gegenforderung gegen den Zedenten kompensirt.

Auch eine Prinzipalintervention ist möglich, sofern ein Dritter behauptet, dass die vom Beklagten geltend gemachte Gegenforderung in der That ihm zustehe. Hier wäre die Prinzipalintervention eine Klage gegen den Kläger im bisherigen Prozess unter Beiziehung des Beklagten als eines streitgenössischen Intervenienten. Dies führt dahin, dass der Kläger die Kompensationssumme deponiren kann[45]) und das Recht hat, vom Beklagten die Klagesumme zu begehren; mit Vorbehalt der Befugniss des Richters, zu bestimmen, dass die

---

[44]) Vgl. Ob.Trib. v. 21. April 1863, Entsch. Bd. 49 S. 114, 118 und Striethorst Bd. 51 S. 27 u. 31. Vgl. auch Lippmann in der Zeitschr. für Civilprozess Bd. 13 S. 133.

[45]) Insofern richtig Schollmeyer S. 95.

Digitized by Google

Depositionssumme dem Kompensanten (gegen Kaution) zugewiesen wird, so dass er den Kläger mit der Depositionssumme bezahlen kann, vorbehaltlich des definitiven Austrags mit dem Prinzipalintervenienten.[46])

Dagegen folgt aus der Rechtshängigkeit 1) nicht, dass über die Kompensation an sich ein Endurtheil ergehen dürfe; und wenn über sie kein Endurtheil ergehen darf, sondern nur ein Zwischenurtheil nach § 275, wenn ein Endurtheil nur ergehen darf über die Frage, ob die Hauptforderung trotz des Kompensationsaktes besteht oder nicht, so darf über die Kompensationsfrage auch nicht ein Zwischenurtheil mit der Wirkung eines Endurtheils nach § 276 ergehen, sofern etwa mit einer Entschädigungsforderung kompensirt werden soll; das würde zu einem appellablen Urtheil über die *exceptio compensationis*, also über einen Klagerlöschungsgrund, führen, was unstatthaft wäre.[47]) Darum kannein solches Urtheil auch dann nicht ergehen, wenn der Beklagte eine Gegenforderung *compensando* und eventuell *reconveniendo* geltend macht, denn die Kompensation muss als Kompensation in ihrer Weise behandelt und verbeschieden werden.[48])

Mit der Rechtshängigkeit ist 2) das Recht des Beklagten, auf die Kompensation zu verzichten, um den Anspruch anderwärts geltend zu machen, nicht verneint; denn Rechtshängigkeit und Möglichkeit, die Rechtshängigkeit wieder aufzuheben, verträgt sich völlig miteinander; auch bei der Klage ist es trotz der Rechtshängigkeit möglich, dass der Kläger verzichtet. Der Beklagte will ja die Feststellung der Gegenobligation nur, um den Kompensationsakt als wirksam erfolgt zu erweisen; da aber der Kompensationsakt im Prozesse stets widerruflich ist, so kann man natürlich auch hier jederzeit erklären, nicht mehr kompensiren zu wollen, in welchem Falle ein jedes Feststellungsbedürfniss für diesen Prozess erlischt.[49])

[46]) Vgl. meine gesammelten Beiträge zum Civilprozess S. 272 f., 284 f.

[47]) R.G. v. 16. Mai 1882, Entsch. Bd. 6 S. 421.

[48]) Vgl. O.L.G. Hamburg v. 18. Nov. 1890 in der Zeitschr. für Civilprozess Bd. 17 S. 139. Unrichtig O.L.G. Kolmar v. 16. Dez. 1892, Zeitschr. f. Els.-Lothr. Bd. 18 S. 352.

[49]) Insbesondere kann der Beklagte seine Gegenforderung jederzeit veräussern und zu diesem Zwecke die Kompensation zurückziehen.

Digitized by Google

In gleicher Weise werden ja auch alle Feststellungsakte, die bezüglich der Kompensationsforderung gemacht worden sind, mit dem Moment hinfällig, wo die Klageforderung abgewiesen wird und damit die (eventuelle) Kompensation von selbst wegfällt.[50])

Man möchte darin eine Misslichkeit finden. Kann der Beklagte in dieser Weise das Gericht mit unnöthiger Arbeit belasten? Allein dies ist mit der Möglichkeit, prozessualisch zu kompensiren, unzertrennlich. Allerdings ist hier der Missbrauch besonders stark, da ja der Verzicht auf die Kompensation dem Beklagten nicht die Möglichkeit nimmt, die Forderung, abgesehen von der Kompensation, geltend zu machen oder anderwärts *compensando* zu verwerthen. Allein immerhin hat der Verzicht auf die Kompensation Nachtheile, und das muss man sich genügen lassen; nicht immer können die Prozessinstitutionen so entwickelt sein, dass nicht in der einen oder anderen Weise Missbrauch getrieben wird, weil der Vortheil auf der einen Seite grösser sein kann als der Nachtheil, der andererseits durch solchen Missbrauch zu befürchten sein mag.

In einem Falle allerdings ist dem Beklagten der Verzicht auf die Kompensation genommen, wenn nämlich das Gericht durch Zwischenurtheil nach § 275 eine Entscheidung über die Kompensationsforderung gegeben hat; so insbesondere, wenn das Zwischenurtheil die Kompensationseinrede ablehnt: da ein Zwischenurtheil eine bindende Feststellung enthält, so ist jetzt für den Fall, dass überhaupt die Kompensation zur Wirkung kommen kann, die Nichtexistenz der Kompensationsforderung ausgesprochen.

Fraglich kann sogar sein, ob der Beklagte nicht die Möglichkeit hat, nachdem er die Kompensation erhoben und die Feststellung begehrt hat, unter Aufrechterhaltung der Kompensationseinrede zu erklären, dass er die Gegenobligation durch Klage in besonderem Prozesse feststellen lassen wolle, um diese Feststellung für die Kompensationseinrede zu ver-

---

[50]) Daher kann, wenn der Beklagte auf die Kompensation verzichtet, der Kläger auch nicht durch Inzidenfeststellungsklage die Feststellung der Nichtexistenz der Gegenforderung verlangen, da ja diese für den Prozess interesselos geworden ist.

Digitized by Google

wenden. Hier trifft die Analogie des § 243 zu; der Gegner hat ein begründetes Interesse, dass ihm die Resultate des bisherigen Feststellungsverfahrens nicht entzogen werden, sofern der Beklagte die Kompensationseinrede aufrechterhalten will; — denn wenn er auf die Kompensation verzichtet, nimmt er ja das Recht mit, auf das sich die Feststellung bezieht, und dies darf er; dagegen hat er keine Befugniss, das Kompensationsrecht festzuhalten und die (vielleicht sehr ungünstigen) Resultate des bisherigen Feststellungsverfahrens von sich abzulehnen. Mithin ist in diesem Falle der Verzicht auf das bisherige Feststellungsverfahren unter Vorbehalt der Kompensationseinrede nur mit Zustimmung des Gegners statthaft, sobald das Feststellungsverfahren nicht bloss einseitig war, d. h. der Gegner sich darauf materiell eingelassen hat (§ 243, vgl. auch 476 C.P.O.).[51])

Hat allerdings der Beklagte den Gegenanspruch nicht nur durch Kompensation, sondern auch durch (eventuelle) Widerklage erhoben, so kann der Verzicht auf die Kompensation es nicht hindern, dass der Gegenanspruch in der Widerklage als rechtshängig schwebt; so dass auf die Feststellung nur in der gleichen Weise verzichtet werden kann, wie man überhaupt auf die Feststellung eines eingeklagten Anspruchs verzichten kann, wenn man den Anspruch nicht aufgeben will, — also unter Zustimmung des Prozessgegners; dies wenigstens, sofern sich dieser auf die Widerklage materiell eingelassen hat, wobei aber zu bemerken ist, dass eine Einlassung auf die Kompensationseinrede zugleich als Einlassung auf die Widerklage gelten muss, sofern die Einlassung nicht etwa bloss die Zulässigkeit der Kompensation betraf, sondern die Frage der Begründetheit oder Unbegründetheit der Gegenforderung erfasste.

Die Rechtshängigkeit hindert 3) nicht, dass die Kompensationseinrede bedingt erhoben wird, indem man in erster

---

[51]) Mit dieser Unterscheidung ist die Frage über die Statthaftigkeit der Erhebung einer selbstständigen Klage zu entscheiden. Dieser Unterschied wird nicht richtig erkannt vom R.G. v. 20. Mai 1887, Entsch. Bd. 18 S. 408, und vom Oberst. Gerichtsh. Wien v. 26. Sept. 1871, Glaser-Unger Bd. 9 Nr. 4265.

Digitized by Google

Reihe den Klageanspruch bestreitet. Denn es hat guten Grund, zu sagen: ich bringe den Gegenanspruch nur eventuell, sofern dies nöthig ist, um den Klageanspruch zu zerstören, und verlange nur bedingt seine Feststellung; es hat guten Grund, dass die Rechtshängigkeit hier nur bedingt ist. In der Klage würde das nicht angehen: weder Beklagter noch Gericht bräuchten sich eine Feststellungsklage gefallen zu lassen, die eine Feststellung nur unter einer Bedingung, für einen bestimmten Fall verlangt. Ebenso wäre ein bedingter aussergerichtlicher Kompensationsakt nur mit Zustimmung des Gegners gestattet (oben S. 8). Aber in der Prozessvertheidigung ist eine Eventualität gestattet, weil die Prozessvertheidigung, so verschiedenfach sie sich auch gestaltet, in die eine Pointe ausläuft, dass der Klageanspruch zurückzuweisen ist. Wie es nun gestattet ist, die Klage eventuell so oder anders zu begründen, so ist auch eine verschiedenfache eventuelle Begründung des Klageabweisungsbegehrens gestattet. Und da nun die Kompensation als prozessualer Tilgungsakt gleichfalls diesem Ziele zustrebt, so ist es begreiflich, dass auch sie in der eventuellen Weise gebracht werden kann, wie alle Vertheidigungsmittel, nämlich das eine für den Fall des Misserfolges des anderen; das führt indirekt dahin, dass a) der Kompensationsakt bedingt vollbracht werden kann, und dass es b) *per consequentiam* gestattet ist, nur für den Fall, dass diese Bedingung zutrifft, also die Kompensation wirken soll, eine gerichtliche Entscheidung zu begehren; denn es wäre unnöthig, über eine Kompensation zu entscheiden, die überhaupt nicht geltend gemacht werden soll.

Wird nun die Kompensationseinrede eventuell erhoben, indem die Hauptforderung in erster Reihe bestritten und indem erst in zweiter Reihe auf die Kompensation zurückgegriffen wird, so wird also nur eventuell eine Entscheidung über die Wirksamkeit des Kompensationsaktes und darum auch nur eventuell eine Entscheidung über das Vorhandensein der Kompensationsforderung begehrt; daher wird der Kompensationsanspruch auch nur bedingt rechtshängig, und mit dem Momente, wo die Hauptforderung abgewiesen wird, hört jede prozessuale Berück-

Digitized by Google

sichtigung der Kompensationsforderung auf. Dies bietet uns den Schlüssel zu folgender schwierigen Komplikation.

Es kann sich nämlich ereignen, dass Jemand dieselbe Forderung in mehreren Prozessen *compensando* entgegenhält.[52]) Dies ist nicht als absolut unstatthaft zu erachten; allerdings darf der Beklagte die eine Forderung nur einmal zur Kompensation verwenden; allein es ist ja möglich, dass er die Klageforderung zunächst bestreitet und nur eventuell kompensirt; und da hat es guten Sinn, dass er in mehreren Prozessen eventuell kompensirt, wo immer etwa der Kläger mit der Klageforderung durchgreifen sollte. Hier wird in allen Prozessen die Kompensationsforderung bedingt rechtshängig; und es kommt darauf an, wo sich die Bedingung zuerst erfüllt; wo immer die Klageforderung als vorhanden anerkannt wird, da kommt daher die eventuelle Kompensationseinrede zur Verwirklichung und wird daher die Kompensationsforderung rechtshängig; vorbehaltlich des Rechts des Beklagten, in diesem Fall auf die Kompensation zu verzichten, wo denn auch die Rechtshängigkeit von selbst wegfällt. Ist aber in einem Falle die Kompensation durchgeführt, so ist der Kompensationsakt unwiderruflich vollzogen und damit die Möglichkeit der Durchführung der Kompensation in jedem anderen Prozesse erloschen.[53])

Daher ist die Kompensationsforderung bezüglich aller übrigen Prozesse beseitigt mit dem Moment, wo entweder a) in einem Prozesse die Kompensation durch Urtheil anerkannt wird und damit ihre konsumirende Kraft zur definitiven Geltung kommt, oder b) in einem Prozesse die Kompensationseinrede wegen Nichtbegründetheit der Kompensationsforderung zurückgewiesen wird.

Und zwar muss dies auch vor der Rechtskraft des Urtheils gelten, denn ein Urtheil, auch wenn es noch nicht rechtskräftig ist, schafft ein pendentes Civilrecht,[54]) das die Fähig-

---

[52]) Vgl. O.A.G. Berlin v. 11. Jan. 1872, Seufferts Arch. Bd. 27 Nr. 118. Vgl. auch schon Krug, Lehre von der Kompensation S. 255; Dernburg, Kompensation S. 537.

[53]) Werden die mehreren Prozesse bei demselben Gericht verhandelt, so kann ihre Verbindung die Sachlage wesentlich vereinfachen.

[54]) Prozess als Rechtsverhältniss S. 71.

Digitized by Google

keit in sich hat, sich ohne weiteres Zuthun zu befestigen. Dieses pendente Civilrecht muss daher berücksichtigt werden. Nur das ist natürlich gestattet, dass man eine Kompensationseinrede, die man (weil im anderen Prozesse konsumirt oder zurückgewiesen) nicht weiter verfolgen konnte, wieder aufnimmt, wenn das Urtheil, welches die Konsumtion oder Zurückweisung besiegelte, nachträglich auf dem Rechtsmittelwege aufgehoben wird.

Die Rechtshängigkeit der Kompensationsforderung ist 4) von selbst bedingt durch das Vorhandensein der Kompensationsvoraussetzungen; werden diese verneint, so unterliegt natürlich die Kompensationsforderung der gerichtlichen Feststellung nicht mehr.[55])

§ 9.

Begründet aber die Kompensationseinrede in diesem Falle Nr. 4 eine Rechtshängigkeit, so erhebt sich die wichtige Frage:

Kann die Kompensationseinrede bei einem Gerichte angebracht werden, bei dem man nicht berechtigt wäre den Gegenanspruch durch Klage geltend zu machen?

Nach einer Seite nun ist diese Frage in § 491 Abs. 2 der C.P.O. erledigt worden.[56]) Eine neue Klage in der Berufungsinstanz ist unstatthaft; dagegen ist es statthaft, in der Berufungsinstanz eine Kompensationseinrede mit dem Begehren der Feststellung des Gegenanspruchs zu erheben, aber nur *aequo jure*, wenn man die Kompensationseinrede in der ersten Instanz nicht bringen konnte.[57])

---

[55]) Vgl. Oesterr. Ob. Gerichtsh. v. 18. Sept. 1879, Glaser-Unger Bd. 19 Nr. 8665. Vgl. auch das bereits oben allegirte *fr.* 7 § 1 *de comp.*

[56]) Vgl. Oberstes L.G. Bayern v. 2. Jan. 1891, Seuffert Bd. 46 Nr. 292, und R.G. v. 28. Jan. 1890, ebenda Nr. 66.

[57]) Hat der Kläger seinen Klageanspruch in zweiter Instanz erweitert so ist in Bezug auf diese Erweiterung das Nachschieben der Kompensation natürlich stets entschuldigt; vgl. auch R.G. v. 19. Juni 1891, Seufferts Arch. Bd. 48 Nr. 243. Hat ferner der Beklagte die Kompensation in erster Instanz gebracht, so ist sie in zweiter Instanz stets zuzulassen, auch wenn sie nach § 252 C.P.O. als verspätet aus der ersten Instanz ausgewiesen wurde; denn die Ausweisung aus erster Instanz eröffnet ihr von selbst die zweite; R.G. v. 3. Febr. 1893, Entsch. Bd. 31 S. 363.

Digitized by Google

Es bedarf keiner Ausführung, dass sich dieser Satz nur auf die Kompensationseinrede bezieht, die ein solches Feststellungsbegehren enthält, nicht auf die Kompensationseinrede, die sich auf eine bereits erfolgte gerichtliche Feststellung bezieht oder auf einen in dieser Hinsicht anhängigen Sonderprozess. Der Grund der Beschränkung in § 491 Abs. 2 ist der gleiche Grund wie der, dass eine Widerklage in zweiter Instanz ausgeschlossen ist: Die zweite Instanz soll regelmässig nicht mit der Entscheidung von Ansprüchen befasst werden, die keine erste Instanz passirt haben, und auch dem Gegner soll nicht ohne Weiteres eine Instanz entzogen werden; daher gilt natürlich die Beschränkung nur für den Fall, dass in Folge der Kompensationseinrede ein Anspruch verbeschieden werden soll. Sie gilt also nicht, wenn für den Gegenanspruch schon eine Entscheidung vorhanden ist, sie gilt auch nicht, wenn der Gegenanspruch bereits anderwärts klageweise zur Geltung gebracht worden ist und die Kompensationseinrede einfach auf den hier schwebenden Prozess verweist.[58]) In diesen Fällen ist die Kompensationseinrede auch in zweiter Instanz zulässig; einmal sicher, wenn bereits eine rechtskräftige Feststellung vorliegt; ist aber der Prozess über die Kompensationsforderung noch im Schweben, so kann es sich nur darum handeln, ob nicht die Kompensation *ad separatum* zu verweisen sei, bis in jenem Gegenforderungsprozesse die Sache definitiv erledigt ist: hier macht es aber in der Sache keinen Unterschied, ob die Hauptklage in erster oder zweiter Instanz schwebt.

Man könnte sogar den Rechtssatz von der Beschränkung der Kompensation in zweiter Instanz so verstehen, dass zwar die Entscheidung der Kompensationsforderung aus dem Berufungsverfahren herausgewiesen würde, aber dem Beklagten die Kompensationseinrede nichtsdestoweniger gewahrt bliebe: es bliebe ihm überlassen, sie im besonderen Prozesse durch-

[58]) Natürlich auch dann nicht, wenn die Kompensationseinrede schon in erster Instanz gebracht und in zweiter Instanz nur auf eine andere Forderung kompensationsweise bezogen wird; denn diese Beziehung hat keinen Einfluss auf die Frage, was entschieden werden soll. Vgl. R.G. v. 1. Mai 1885, Entsch. Bd. 13 S. 375; L.G. Hall v. 1. Juli 1885 in der Zeitschr. für Civilprozess Bd. 12 S. 161.

Digitized by Google

zuführen, während in der Berufungsinstanz ein ledigliches Vorbehaltsurtheil (nach § 274) erginge, das die Entscheidung des besonderen Prozesses vorbehielte.

Allein dies ist nicht der Sinn des Rechtssatzes; eine solche Behandlung wäre der Verschleppungspraxis gegenüber viel zu milde und rücksichtsvoll. Vielmehr soll die verspätete Kompensation überhaupt versäumt sein, ganz ebenso wie sie in der Revisionsinstanz und wie sie nach dem Urtheile ausgeschlossen ist. Das ist eine gewisse Strenge, aber gewiss keine übermässige, da durch Verweigerung der gerichtlichen Kompensation der Partei zwar ein Nachtheil, aber nur ganz ausnahmsweise der Verlust der Forderung erwächst.

Daraus geht auch hervor, dass die ganze Beschränkung dann nicht zutrifft, wenn der Beklagte nicht in der Berufungsinstanz die Kompensation geltend macht, sondern sich auf eine bereits vor dem Prozess erfolgte aussergerichtliche Kompensation, eine *compensatio jam facta* bezieht. Hier würde die gleiche Entscheidung zu unerträglicher Härte führen. Wenn dem Beklagten die gerichtliche Kompensation abgeschnitten wird, so behält er ja regelmässig die Möglichkeit, seine Gegenforderung auf gewöhnlichem Wege zur Geltung zu bringen: denn dann hat er eben nicht kompensirt. Wenn aber der Einwand der bereits erfolgten Kompensation im Prozesse wegen Verspätung nicht mehr zugelassen würde, so würde die Kompensation trotzdem geschehen bleiben und der Beklagte könnte sich daher weder im Prozesse auf die Tilgung der Klageforderung berufen, da er wegen Verspätung ausgeschlossen wäre, noch nach dem Prozesse seine Gegenforderung zum Austrag bringen, da diese erloschen ist.[59]) Das wäre eine Unbilligkeit, die das Gesetz natürlich nicht gewollt hat.

Soweit also, was die Kompensation in höherer Instanz nach deutschem Recht betrifft. Sicher hat die Civilprozess-

---

[59]) Anders wäre es natürlich, wenn das Gericht den Einwand der vollzogenen Kompensation prüfen und ihn zurückweisen würde, weil in der That der Kompensationsakt nicht vollzogen worden wäre; denn in diesem Falle schüfe die Entscheidung materielles Recht, und der Kompensationsakt, so sehr er vielleicht zu Recht bestand, würde nunmehr in jeder Beziehung aufhören, zu Recht zu bestehen.

Digitized by Google

ordnung hier die sich entgegenstehenden Interessen bestmöglichst ausgeglichen, und ihre Bestimmung verdient alles Lob. In anderen Rechten hilft man sich hier in verschiedener Weise.

In Frankreich gilt der Satz, dass in zweiter Instanz zwar eine Widerklage ausgeschlossen ist, dagegen nicht die Kompensation; neue Ansprüche dürfen hier unbeschränkt auf dem Wege der Kompensation zur Entscheidung gebracht werden, so *C. de proc. a.* 464:

> *Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.*

Und zwar gilt dieser Grundsatz im französischen Recht in doppelter Weise. Das französische Recht unterscheidet zwischen der regulären Kompensation, der *compensation légale* des *a.* 1289 ff. *C. civ.*, und der *compensation judiciaire;*[60]) bei ersterer betrachtet es die Möglichkeit der Kompensation in der Appellationsinstanz als selbstverständlich, denn die *compensation légale* entspricht unserer bereits vollzogenen Kompensation; aber auch bei der *compensation judiciaire* nimmt die Jurisprudenz die Zulässigkeit der Appellation an, ja man bezieht den *a.* 464 *C. de procéd.* gerade auf diesen Fall, weil hier von einer *demande nouvelle* die Rede sei und dies nicht auf eine *compensation légale* passe.[61])

So auch die Italienische *C. di procedura a.* 490:

> *Nel giudizio di appello non si possono proporre domande nuove; se proposte, devono rigettarsi anche d'ufficio*
>
> — — — —
>
> *Può proporsi la compensazione — —, e ogni altra eccezione alla domanda principale.*[62])

---

[60]) Darüber ausführlich unten S. 56 f.

[61]) Demolombe, *Cours de Code Napol.* XXVIII 645. 683 f. Vgl. ausserdem *Pand. Belges v. Compensation* Nr. 36; Larombière, *Théorie des obligat.* V *ad a.* 1290 Nr. 2; Aubry *et* Rau, *Cours de droit. civil* IV § 328 (*p.* 236).

[62]) Vgl. Kass.Hof Palermo v. 16. Juni 1877, *Circolo giuridico* VIII *Dec. civ. p.* 317.

Digitized by Google

Und so war es auch in der früheren Neapolitanischen (a. 528) und Parmensischen (a. 605), in der Albertinischen (a. 550) und Estensischen (a. 826) Prozess-O.[63])

Vom ehemaligen deutschen Prozessrecht sei hier einmal des preussischen Rechts gedacht. Hier war die Frage über die Zulassung der Kompensation in der Berufungsinstanz längere Zeit bestritten. Sie wurde durch Plenarentscheidung des Obertribunals vom 8. April 1839 bejaht.[64])

Auch in der Bayerischen Prozessordnung muss die Frage als bejaht gelten; denn in Art. 706 ist nur die Widerklage beschränkt, und gerade diese Beschränkung zeigt, dass die Kompensationseinrede gestattet ist: denn die Widerklage soll ausnahmsweise gestattet sein, wenn der Anspruch der Widerklage erst nachträglich entstanden ist, „und in zulässiger Weise ganz oder theilweise zur Kompensation benützt wird".

Die Kompensation ist daher so begünstigt, dass sie unter besonderen Umständen der Widerklage die Wege bahnt.

Die Zulässigkeit der Kompensation in der Berufungsinstanz wurde denn auch vom Obersten Gerichtshof anerkannt.[65])

Die Württembergische C.P.O. enthielt in Art. 709 die Bestimmung, die in der Deutschen C.P.O. wiederkehrt: „Neue Ansprüche dürfen nur geltend gemacht werden, wenn sie zur Kompensation dienen sollen oder in Nebenforderungen bestehen, und wenn die Partei ohne ihr Verschulden ausser Stande war, sie in erster Instanz geltend zu machen, dieses auch bescheinigt."

Die Badische C.P.O. endlich schloss in § 1138 Z. 4 das neue Anbringen einer Widerklage und in Z. 3 die Häufung einer neuen Klage mit der frühern aus, woraus sich die Möglichkeit der Kompensation von selbst ergab.

Soweit, was die Instanzschwierigkeit betrifft.

Für andere Fälle, wo die Kompensationsforderung sich nicht zur Entscheidung durch das Prozessgericht eignet, ist die Frage nicht gelöst. Wie, wenn gegen eine amtsgerichtliche

---

[63]) Vgl. Gaddi, *Codice di proced. civile p.* 435.

[64]) Entsch. des Obertrib. Bd. 4 S. 207 f.

[65]) Bayer. Oberster Gerichtsh. v. 3. März 1873, Entsch. des Ob. Gerichtsh. Bd. 3 S. 549.

Digitized by Google

Klage eine Kompensationseinrede aus einem Verhältnisse gebracht wird, welches der ausschliesslichen Kompetenz des Landgerichts zugewiesen ist? oder welches zur Entscheidung eines Sondergerichts gehört? oder wenn bei einem Sondergericht aus einem gewöhnlichen Civilanspruche kompensirt werden soll? oder wenn ein Schiedsvertrag sich auf den Anspruch *A* bezieht und der Beklagte vor den Schiedsrichtern den Anspruch *B* *compensando* vorbringt? In diesen Fällen wäre eine doppelte Behandlung denkbar: entweder so, dass das Gericht die Entscheidung über die Kompensationsforderung ablehnte und es (unter Vorbehalt der Berücksichtigung der Kompensationseinrede) dem Beklagten überliesse, die Feststellung des Anspruchs bei dem hierfür zuständigen Gericht zu betreiben; oder so, dass das Gericht sich ausnahmsweise mit der Feststellung dieses Anspruchs befasste, sofern und soweit er geltend gemacht ist, um den Klageanspruch dadurch zu konsumiren.

Für die eine, wie für die andere Behandlungsweise lassen sich plausible Gründe beibringen. Es wäre unrichtig, von dem Gesichtspunkte aus zu argumentiren, dass der Richter einen Klageanspruch stets ganz zu erledigen habe, auch wenn Präjudizialpunkte aus einem anderen Rechtsgebiete in Frage kommen; denn, wie bereits gezeigt, handelt es sich hier nicht um einen Präjudizialpunkt, der nur den Gegenstand intellektueller richterlicher Würdigung bildet, sondern es handelt sich um die nicht bloss intellektuelle, sondern um die prozessrechtsgeschäftliche Entscheidung über die Wirksamkeit eines prozessualen Aktes, des Kompensationsaktes.

Auf der andere Seite kann man auch nicht sagen: der Richter dürfe über den Anspruch nicht entscheiden, folglich dürfe er von sich aus die Einrede nicht erledigen; denn es hat guten Grund, anzunehmen, dass die Kompetenzvorschrift sich nur auf den Fall beziehe, wo man einen Anspruch an sich festgestellt haben will, nicht auch auf den, wo man ihn feststellen lassen will, um damit einen im anhängigen Prozesse schwebenden Anspruch zu konsumiren; denn die Rechtsordnung kann sehr wohl Veranlassung haben, einen Anspruch eher an das eine, als an das andere Gericht zu weisen, und doch den Gewinn, dass in ein und demselben Rechtsstreit alle

Digitized by Google

massgebenden Ansprüche erledigt werden, für so gross erachten, dass im Falle dieser Gebundenheit die Kompetenzregel weichen muss.

Die Erwägung aller dieser Gründe, mit Berücksichtigung der gesetzlichen Behandlung der Kompensation in der Berufungsinstanz, führt dahin, die Zulässigkeit der Entscheidung der Kompensationseinrede durch das Prozessgericht in dem Falle anzunehmen, wo das Prozessgericht für die Klage inkompetent wäre. Es sind ja doch verhältnissmässig vereinzelte Fälle, wo ein solcher Anspruch gerade zur Kompensation gebracht werden kann. und wenn man in diesen vereinzelten Fällen die Kompetenzordnung beugt, so ist nicht anzunehmen, dass hierdurch die Ziele, die sich die Rechtsordnung bei der Kompetenzordnung steckt, wesentlich beeinträchtigt würden, während andererseits der Gewinn der sofortigen Entscheidung durch das nämliche Gericht nicht zu unterschätzen ist.

Soweit, was die Kompetenzordnung betrifft.

Sollte es aber dem Gericht bezüglich des Kompensationsanspruchs nicht an Kompetenz, sondern an Gerichtsbarkeit fehlen, dann würde dieser Mangel durchschlagen; denn während bei der Kompetenzordnung nur die Zweckmässigkeit und das subjektive Parteiinteresse eine Zuweisung der Gerichtsgeschäfte an das eine oder andere Gericht bedingt, so ist es bei der Gerichtsbarkeit so, dass ihr Mangel dem Gerichte die Fähigkeit nimmt, einen bestimmten Anspruch überhaupt zu verbescheiden; und da kann es keinen Unterschied machen, ob der Anspruch zum Zwecke der Verurtheilung des Beklagten oder zum Zwecke der Kompensation und der folgeweisen Abweisung des Klägers zu verbescheiden ist.

Dies führt also zu folgenden Konsequenzen [66]:

Die Kompetenzordnung wird überwunden durch das Bestreben, dass der Richter der Klage den ganzen Streit zu erledigen hat. Daher hat das Amtsgericht zu entscheiden, wenn die Kompensationsforderung nach § 70 Abs. 2 G.V.G. an das Landgericht gehörte; auch hat das ordentliche Gericht zu

[66]) Nur theilweise richtig Schollmeyer, Kompensationseinrede S. 46 f. Vgl. übrigens schon Dernburg, Kompensation S. 531.

Digitized by Google

entscheiden über einen Gegenanspruch des bürgerlichen Rechts, der vor ein Sondergericht gehört — denn hier sind immer nur Kompetenzvorschriften in Frage, da das ordentliche Gericht für bürgerliche Rechtssachen eine *in thesi* unbeschränkte Gerichtsbarkeit hat.

Noch mehr müsste dies durchschlagen, wenn bei der Civilkammer ein Kompensationseinwand geltend gemacht würde, der zur Kammer für Handelssachen gehört, oder umgekehrt; denn hier handelt es sich nach unserer Gerichtsorganisation nur um Senate eines und desselben Gerichtshofs, nicht um verschiedene Gerichte; insbesondere kann hier, der Kompensation wegen, von einer Verweisung nach §§ 103—105 G.V.G. nicht die Rede sein.

Ganz anders, wenn dem Gericht der Klage bezüglich des Kompensationsanspruchs nicht Kompetenz, sondern Gerichtsbarkeit fehlt. Dies würde insbesondere gelten, wenn

1) vor einem Sondergericht ein Anspruch ausserhalb des sondergerichtlichen Kreises zur Kompensation gebracht würde; denn das Sondergericht hat eine auf seinen Kreis beschränkte Gerichtsbarkeit;[67])

2) wenn ein Einwand gemacht wird, der nicht dem bürgerlichen, sondern dem öffentlichen Recht angehört; denn wenn auch nach § 17 G.V.G den bürgerlichen Gerichten hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Streitsachen nicht jede Jurisdiktionsfähigkeit fehlt, so ist doch ihre Entscheidungskraft *in thesi* auf bürgerliche Rechtssachen beschränkt.

Beim Schiedsvertrage wird anzunehmen sein, dass das Schiedsgericht das Recht haben soll, den Klaganspruch nach allen Richtungen, also auch nach der Seite einer etwaigen Ueberwindung durch einen Gegenanspruch, der *compensando* geltend gemacht wird, zu entscheiden; dies mindestens dann, wenn im Schiedsvertrage nicht speziell etwas anderes ausgemacht ist: denn eine solche Vereinbarung ist statthaft. Doch wird man dem Schiedsrichter jedenfalls das Recht geben, die Entscheidung über die Kompensationseinrede abzulehnen und demnach nur eine Entscheidung unter Vorbehalt zu geben; denn es kann

---

[67]) Prozess als Rechtsverhältniss S. 54 fg.

Digitized by Google

Jemand sehr gut zum Schiedsrichter in der Hauptsache geeignet sein, der mit der ganz anders gestalteten Kompensationsforderung nicht fertig wird.

Ist also in gewissen Fällen eine Erledigung der streitigen Kompensationsforderung durch das Prozessgericht ausgeschlossen, so folgt daraus nicht, dass das Kompensations**recht** ausgeschlossen ist; es folgt daraus nur, dass die Entscheidung über die Kompensationsforderung anderwärts ergehen muss. Die Lösung dieser Schwierigkeit besteht auch hier darin, dass das Gericht nach § 274 durch Vorbehaltsurtheil entscheidet und es dem Beklagten überlässt, die Gegenforderung bei dem massgebenden Gericht zum Austrage zu bringen und sodann auf Grund des Judikates im Nachverfahren eine etwaige Korrektur des Vorbehaltsurtheils zu erzielen.[67a])

Fraglich ist es, ob die Beschränkung des Richters in den erwähnten Fällen auch dann gilt, wenn es sich nicht um eine Kompensation im Prozess, sondern um die Berufung auf einen dem Prozesse vorhergehenden aussergerichtlichen Kompensationsakt handelt. Hier ist zu unterscheiden: steht ein aussergerichtlicher einseitiger Kompensationsakt in Frage, so verhält sich die Sache wie bei der Kompensation im Prozesse; die Gründe sind die gleichen, und jede Unbilligkeit wird durch den Vorbehalt der Berücksichtigung des Kompensationsaktes im Vorbehaltsurtheile vermieden. Handelt es sich aber um einen Kompensations**vertrag**, dann ist die Entscheidung stets durch den Richter der Hauptsache zu fällen: beim Kompensationsvertrag handelt es sich um eine anerkennende, feststellende Mitwirkung des Gläubigers zum Kompensationsakte des Schuldners; und über diese Mitwirkung zu entscheiden, ist sicher der Richter berechtigt, in dessen Bereich die Forderung gehört, auf die sich jene Mitwirkung bezieht. Sicher wäre doch auch der Civilrichter zur Entscheidung berufen, wenn behauptet würde, eine öffentliche Forderung sei durch Vertrag

---

[67a]) Verzögert er dies, so kann ihn der Kläger zum Nachverfahren vor den Prozessrichter laden und dieser ihm eine Frist setzen, um die Klage vor dem betreffenden Gerichte zu erheben, ansonst das Vorbehaltsurtheil im Nachverfahren bereinigt, d. h. die Kompensationseinrede abgewiesen wird.

Digitized by Google

mit dem Staate zu einem Darlehn umgewandelt und dadurch konsumirt worden; ebenso muss der Civilrichter auch entscheiden dürfen, wenn behauptet wird, die Partei habe hiermit eine Civilforderung vertragsmässig getilgt.

Das französische Recht spricht den Satz aus: *juge de l'action, juge de l'exceptiòn* und wendet ihn scheinbar auf jede Kompensation unterschiedslos an, insbesondere wenn bei einem Handelsgericht eine Civilforderung zur Kompensation gebracht wird.[68])

Allein dies gilt doch nur von der *compensation légale,* nicht von der *compensation judiciaire,* die nach französischem Recht auf dem Wege der Widerklage zur Geltung gebracht werden soll. Eine solche Widerklage *in finem compensationis* gestattet das französische Recht nicht durchaus und in allen Fällen vor dem Gericht der Hauptsache; man gestattet sie allerdings insofern, als eine Forderung des Handelsrechts auf solche Weise vor dem Civilgericht geltend gemacht werden darf; dagegen gestattet man es nicht auch umgekehrt, dass auf solche Weise eine Civilforderung *compensando* vor die Handelsgerichte oder eine vor die *tribunaux civils* gehörende Forderung vor die *juges de paix* gebracht wird.[69])

Soweit was die bürgerlichen Rechtssachen angeht; dagegen ist eine Kompensation aus Ansprüchen des öffentlichen Rechts, des *contentieux administratif,* in bürgerliche Sachen nach französischer Anschauung überhaupt ausgeschlossen, auch wenn es sich um eine Kompensation ersterer Art handelte; man nimmt an, solche Sachen seien *interdites aux tribunaux de l'ordre civil, sous quelque forme qu'elles se produisent, car le principe de la séparation des pouvoirs est encore audessus de celui qui donne au juge de l'action le pouvoir de statuer sur l'exception* (Garsonnet, *traité de procédure* I *Nr.* 181 *p.* 741).

[68]) Vgl. Dalloz, *Répert. méth. v. Compétence commerciale nr.* 347 und *Supplément. nr.* 105; Garsonnet, *Traité de procédure civile* I *nr.* 153, 181, 166—167; *Pandectes Belges v. Compétence civile (en général) nr.* 172.

[69]) Garsonnet I *nr.* 167 *p.* 628 f.; Laurent, *Principes de droit civil* XVIII *nr.* 483; Larombière, *Traité des obligat. ad* a. 1293 nr. 25 Rousseau et Laisney, *Dictionn. de proc. civile v. Compét. des trib. de commerc.* nr. 35.

Digitized by Google

Dagegen gestattet man dem Schiedsrichter, auch über die Kompensation, mindestens über die *compensation légale*, mit zu entscheiden.[70])

Der Italienische *Codice di procedura* sagt in *a.* 100:

> *L'autorità giudiziaria, davanti cui pende la causa prinsipale, è competente a conoscere, eccettuato il caso d'incompetenza per materia o valore . . ., e salvo quanto è stabilito negli articoli 101 et 102:* . . . . . 2) *della compensazione.*

Trotzdem nimmt man auch im italienischen Rechte, den Satz an: *juge de l'action, juge de l'exception,* auch bezüglich der Kompensationseinrede, vorausgesetzt auch hier, dass eine *compensazione legale* in Frage steht, da in dieser Beziehung das italienische Recht (*C. civile a.* 1285 ff.) dem französischen folgt. In diesem Falle nimmt man daher auch an, dass beim Handelsgericht ein bürgerlicher Anspruch zur Kompensation kommen kann. Anders bei der *compensazione giudiziale,* wo der Gegenanspruch erst durch Urtheil liquid zu stellen ist: da sei es unzulässig, beim Handelsgericht eine solche Einrede zur Entscheidung zu bringen.[71])

Wird aber vor den *conciliatori* oder *pretori* eine Forderung, die über ihre Instanz hinausgeht, zur Kompensation gebracht, so müssen sie Forderung und Gegenforderung an die kompetenten *tribunali* verweisen. Der Grund liegt, wie anderwärts entwickelt, darin, dass nach italienischem Rechte die Entscheidung über die Kompensationsforderung in ihrem ganzen Umfange Rechtskraft bewirkt, auch sofern sie die Hauptforderung übersteigt; da die Entscheidung über die einzelnen Theile der Kompensationsforderung nicht getrennt werden soll.[72])

Hier fügt aber der *C. di proc. a.* 102 einen interessanten Zusatz bei, der an unsern § 274 C.P.O. erinnert:

> *Se l'azione principale sia fondata su atto pubblico o giudiziale, scrittura riconosciuta . . . o confessione giudi-*

---

[70]) Vgl. Appelhof Caen v. 19. Juni 1846; Angers v. 1. Juni 1822 in den *Pandectes franc. v. Arbitrage nr.* 963, 964; und Gesammelte Beiträge zum Civilprozess S. 212.

[71]) Mattirolo, *Elementi di diritto giudiziario civile* I Nr. 623 f.

[72]) Gesammelte Beiträge zum Civilprozess S. 445 f.

Digitized by Google

ziale, i conciliatori e i pretori possone ritenere la causa principale e rimettere le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per la decisione della controversia sul credito opposto in compensazione, e possono ordinare che la sentenza sia eseguita con cauzione.

In England gilt der Satz, dass ein *set off* nur vor das Gericht gebracht werden kann, das auch über die Klage entscheiden dürfte; vgl. Watermann, *treatise on the Law of Set off* (New-York 1872) § 29 (*p.* 30): *A court cannot take cognizanze of a debt or demand in a plea of set-off over which it could not entertain jurisdiction if presented by the plaitiff.* Vgl. auch § 691 (*p.* 677) f.

Denn das englische Recht hat die Kompensation erst langsam und in beschränkterem Umfange zur Entwickelung gebracht. [73])

§ 10.

Von der Rechtshängigkeitsfrage zu unterscheiden ist die andere Frage, ob im Falle der Verweisung *ad separatum* die Kompensationseinrede völlig aus dem Prozesse herausgewiesen wird, oder ob sie noch im Prozesse haften bleibt und zum Gegenstand eines demselben Prozesse angehörigen Nachverfahrens wird. Denn auch bei Nichtrechtshängigkeit kann der Einwand, wie jeder andere, dem Urtheile anhaften und dem Nachverfahren vorbehalten werden. Allerdings wäre unter Annahme der Rechtshängigkeit die Behandlungsweise, welche die Einrede völlig aus dem Prozesse ausscheidet und den Beklagten zu neuer Klage nöthigt, eine besonders starke Anomalie; man müsste denn etwa die neue Klage als die formale Fortsetzung der ursprünglichen Einredeführung betrachten, so dass die Rechtshängigkeit erhalten bliebe, — was aber nur bei besonders prozessualischen Veranstaltungen durchführbar wäre; vgl. die Analogie von §§ 637, 640 C.P.O.

Was nun aber die Verweisung der Kompensationseinrede *ad separatum* betrifft, so ist folgendes zu beachten:

So lange man das Institut des Vorbehaltsurtheils nicht

---

[73]) Ueber die Geschichte des englischen Kompensationsrechts vgl. Gesammelte Beiträge zum Civilprozess S. 443.

Digitized by Google

hatte, musste man sich allerdings damit helfen, dass man ein gewöhnliches Endurtheil gab, gegen dieses aber eine *condictio* zuliess, also dem Endurtheil einen stillschweigenden Vorbehalt einfügte, der einer Kondiktion Raum gab. Dies war gleichwohl eine technisch unvollkommene Regelung: der Vorbehalt im Endurtheile war ein Vorbehalt in Bezug auf seine civilistische Wirkung als *res judicata*, er war aber kein Vorbehalt in Bezug auf die prozessualische Wirkung des Endurtheils als eines den Prozess beschliessenden Urtheils: der Prozess war also fertig, er endete aber mit einem bezüglich der *res judicata* unvollkommenen Resultate. Dies war ein Zwiespalt, der zu grossen Misslichkeiten führen konnte: allerdings hatte jetzt der Beklagte die *condictio*, der Kläger aber hatte keine Möglichkeit, diese *condictio* zu provoziren, ausser etwa durch die Mittel der allgemeinen Klagenprovokation; und doch hatte der Kläger eine begründete Erwartung, dass durch den Prozess, der mit einem solchen unvollkommenen Urtheil abschloss, ein Definitivum geschaffen werde. Es ist immer schlimm, wenn aus einem Prozesse zwei gemacht werden, namentlich wenn dann die Parteirollen entgegengesetzt sind. [74])

Diesem Verfahren des alten Rechts gegenüber ist das Vorbehaltsurtheil der Civilprozessordnung eine grosse Verbesserung; denn es bedarf jetzt nicht eines zweiten Prozesses: in einem Prozesse wird die ganze Sache zum Austrage gebracht, und doch ist der grosse Vortheil erreicht, dass vor Erledigung einer schwerflüssigen und langwierigen Kompensationseinrede ein Endurtheil (als Vorbehaltsurtheil) gegeben werden kann. Das ist nun gerade ein Verfahren, wie angezeigt für die Kom-

[74]) Allerdings die eine Schwierigkeit, die sich ergiebt, wenn nicht der ursprüngliche Gläubiger, sondern der Zessionar die Klage erhebt und ihm die Kompensationseinrede *ex persona cedentis* entgegengehalten wird, liess sich schon vom Standpunkt des alten Rechts lösen; denn es verstand sich von selbst, dass im Falle der Verweisung zum besonderen Austrag der Drittschuldner die *condictio* gegen den ehemaligen Kläger, den Zessionar, erheben konnte. Vgl. auch R.G. v. 11. Mai 1891, Entsch. Bd. 28 S. 296. Man nahm ja schon früher an, dass die Verweisung zum besonderen Austrag an der civilistischen' Rechtslage nichts ändern solle; daher gestattete man sie auch, sofern man die Kompensation mit einer *naturalis obligatio* zuliess.

Digitized by Google

pensationseinrede, ein Verfahren, welches den Bestrebungen von Justinians Zeiten bis heutzutage die richtigste Lösung gibt.

Dass der Ausschluss oder die Beschränkung der illiquiden Kompensationseinrede ein Bedürfniss ist, kann Niemand verkennen: es ist doch höchst bedenklich, dass der Beklagte gegen die einfachste Klage die erdenklichsten Gegenansprüche aus allen Winkeln zusammensuchen kann, und gerade solche Ansprüche, deren Erledigung den Prozess ins ungemessene verzögert.

Dass anderseits der Ausschluss der illiquiden Einrede bloss einen prozessualen, keinen civilistischen Ausschluss bedeutet, hat man immer mehr empfunden und erkannt. Denn die eben angeführte Schwierigkeit ist eine rein prozessuale, und ungeeignet wäre es, den Beklagten, welcher vielleicht eine sehr begründete Kompensationseinrede hat, unter der Beweisschwierigkeit civilistisch leiden zu lassen.

Demgemäss hat man in der gemeinrechtlichen Praxis die Liquidationsvorschrift der *c. ult.* § 1 *C. de compens.* überwiegend als eine prozessualische behandelt;[75]) ebenso die Bestimmungen des Preuss. Landrechts I 16 § 359 bis 362[76]) und des Bayerischen L.R. IV 15 § 1[77]). Im französischen und österreichischen Rechte verhält es sich allerdings anders;[78]) aber die Verfehltheit dieses Verfahrens kann keinem Zweifel unterliegen.

Ist dem aber so und hat die Civilprozessordnung das Institut des Vorbehaltsurtheils, so wäre es seltsam, wenn dieses gerade da keine Anwendung fände, wo es besonders angezeigt wäre.

---

[75]) Vgl. R.G. v. 13. Nov. 1885, Entsch. Bd. 15 S. 376; ferner schon Obertrib. Berlin v. 8. Jan. 1872, Seufferts Arch. Bd. 27 Nr. 117; Oberstes L.G. Bayern v. 15. Okt. 1880, Entsch. Bd. 8 S. 560.

[76]) Obertrib. v. 10. Jan. 1862, Entsch. 64 S. 114; Oberster Gerichtsh. Bayern v. 29. Juli 1872, Entsch. Bd. 2 S. 298; R.G. v. 1. Okt. 1884, Entsch. Bd. 12 S. 254.

[77]) Oberster Gerichtsh. Bayern v. 5. Nov. 1891, Seuffert Bd. 47 Nr. 192.

[78]) Ueber das französische Recht s. unten S. 56 f. Die österreichische Praxis folgt der Annahme, dass das Erforderniss der Liquidität materiellrechtlicher Natur sei, obschon § 1439 des bürgerl. Gesetzb. diese Annahme nicht geradezu aufdrängt. Vgl. aber Unger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 545 f., 551 f.; Hasenöhrl, Oesterreich. Oblig.R. Bd. 2 S. 553, 555;

Digitized by Google

Ein Gegenargument hat man nun allerdings aus § 136 C.P.O. entnommen, wo davon die Rede ist, dass Forderung und Gegenforderung in „getrennten Prozessen“ verhandelt würden; hieraus wollte man folgern, dass, wenn eine Kompensationseinrede zum besonderen Austrage verwiesen wird, dies eine Verweisung zum besonderem Prozesse bedeute, also der alte Prozess ohne Rücksicht auf die Kompensationseinrede vollendet werde und bezüglich dieser ein neuer Prozess, also eine Art *condictio* stattfinden müsse.

Dies ist aber unrichtig. Schon im ersten Absatz von § 136 kann der Ausdruck: „in getrennten Prozessen“ nicht diesen Sinn haben. Mehrere in derselben Klage erhobene Ansprüche bilden ja schon an sich innerlich mehrere Prozesse, die nur nach den Regeln der objektiven oder subjektiven Klagenhäufung verbunden sind; die Trennung zu einer Mehrheit von Prozessen kann daher nur bedeuten, dass die äusserliche Verbindung aufgehoben wird und die Verhandlung und Instruktion der Sache nicht mehr in gemeinsamen Terminen und gemeinsamen Verfügungen stattfindet. Denn dass etwa alles, was in der Zeit der Gemeinsamkeit geschehen wäre, zu nichte gemacht, die Rechtshängigkeit aufgehoben würde und die Ansprüche noch einmal eingeklagt werden müssten, dies anzunehmen, dazu fehlt es an jedem Anhalt und jedem Bedürfniss.[79])

Wenn daher in Abs. 1 die getrennten Prozesse nur bedeuten wollen „getrennte Behandlung im Prozesse“, so muss

---

Obersten Gerichtsh. Wien, Entsch. bei Hasenöhrl Bd. 2 S. 554; sodann v. 6. Sept. 1878, Glaser-Unger Bd. 16 Nr. 7136; v. 26. März 1885 ib. Nr. 10497; v. 1. Okt. 1886, Gellers Centralbl. f. Jur. Praxis Bd. 5 S. 282; v. 14. Okt. 1886, Glaser-Unger Bd. 24 Nr. 11209; v. 25. April 1888, Bd. 26 Nr. 12165; v. 20. Nov. 1889, ib. Bd. 27 Nr. 13002. Dagegen ist in der Entsch. v. 23. Mai 1881, ib. Nr. 8562 ausgesprochen, dass es nur darauf ankomme, dass die Gegenforderung objektiv zu Recht bestehe, nicht dass sie gerichtlich anerkannt oder unbestritten sei.

[79]) Daher versteht es sich auch von selbst, dass, wenn in Folge einer in zweiter Instanz nachgeschobenen Kompensationseinrede erst in zweiter Instanz eine Trennung nach § 136 Abs. 2 erfolgt, beide Stücke des Rechtsstreites in zweiter Instanz schweben bleiben; vgl. R.G. v. 28. Okt. 1891, Entsch. Bd. 28 S. 414.

Digitized by Google

in Abs. 2 des § 136 dasselbe noch viel mehr gelten. Es ist daher nur gesagt, dass das Gericht die getrennte Verhandlung der (an sich schon einen besonderen Prozess bildenden Widerklage) oder der (keinen besonderen Prozess bildenden und daher auch nicht in einen neuen Prozess zu verweisenden) Kompensationseinrede verfügen könne.[80]) Wie dann die getrennt behandelte Klage oder Einrede erledigt wird, richtet sich nach den hierfür geltenden Regeln. Diese Regeln sind enthalten in der Lehre von den Zwischen- und Endurtheilen, und bezüglich der Kompensation ist daher der § 274 der Sitz der Lehre. Und dass die Verweisung der Kompensationseinrede *ad separatum* nicht nur im Anfang der Verhandlung geschehen kann, sondern auch in der Mitte des Prozesses, auch dann, wenn man im übrigen mit der Klage fertig ist, ergiebt sich aus dem Zusammenhalt der beiden Stellen (§ 274 und 136) von selbst.

Wird also durch Beschluss nach § 136 getrennt und gelangt das Gericht zur Abweisung der Klage, so fällt die Verhandlung über die Kompensation von selbst in die Brüche (wenn nicht zugleich eventuell Widerklage erhoben worden ist); kommt das Gericht zur Bestätigung der Klage, so kann es entweder die Verhandlungen nach § 141 wieder verbinden, um über das Ganze zu urtheilen, oder es kann, wenn die Kompensationseinrede noch zur Entscheidung aussteht, nach § 274 unter Vorbehalt entscheiden, so dass sich die Verhandlung über die Kompensationseinrede als Nachverfahren gestaltet. Kommt das Gericht bezüglich der Kompensationseinrede zur Entscheidung, bevor die Hauptsache erledigt ist, so kann es entweder die Verhandlungen wieder verbinden (§ 141), um über das Ganze zu gleicher Zeit zu urtheilen; oder es kann über die Kompensationseinrede ein Zwischenurtheil nach § 275 C.P.O.

[80]) Sehr unrichtig hat man argumentirt, dass hierfür der § 137 mit der Trennung der Verhandlung genügt hätte, wesshalb der § 136 Abs. 2 etwas Besonderes besagen müsse (R.G. v. 11. Mai 1886, Bd. 16 S. 372, 384); nein, der § 137 führt bloss zu Zwischenurtheilen nach § 275; die Trennung nach § 136 dagegen ist eine Spaltung des Prozesses zum Zweck, der Verbescheidung in verschiedenen Endurtheilen; so, wenn Klage und Widerklage getrennt wird, so, wenn die Kompensationseinrede abgespalten wird, wobei dann der Prozess zu einem Vorbehaltsurtheil und einem (eventuellen) Urtheil im Nachverfahren führt.

Digitized by Google

erlassen — ein Vorbehaltsurtheil darüber zu erlassen, ist es nicht in der Lage, das würde auch zu Misslichkeiten führen: es darf im Prozesse nur ein Vorbehaltsurtheil ergehen.

Hat das Gericht keine Trennung der Verhandlungen bestimmt, so kann es entweder alles beisammen lassen, oder es kann, wenn die (nicht konnexe) Kompensationseinrede noch in Schwebe ist, ein Vorbehaltsurtheil geben und die Kompensationseinrede zum Nachverfahren verweisen (§ 274).

Diese Behandlung der Sache ist ebenso zweckmässig, als die andere Behandlung, welche die Kompensationseinrede zum besonderen Prozesse verweist, unpraktisch und doktrinär ist. Warum ein neuer Prozess, vielleicht bei einem ganz anderen Gericht mit anderen Anwälten? Soll denn bei uns die Prozessführung ohne genügenden praktischen Grund erschwert und verlängert werden? Soll das Bestreben, die Prozesse zu verkürzen, in das Gegentheil umschlagen? Das Bayerische Oberste Landesgericht sagt sogar sehr energisch: „Anderen Falles würde dem auf Vereinfachung des Verfahrens gerichteten Geiste der Gesetzgebung geradezu entgegengehandelt, indem dadurch die Parteien gezwungen würden, wegen derselben Ansprüche neue Klage zu erheben, neue Verhandlungen zu pflegen und ein neues Urtheil zu veranlassen.“ [81])

Wird ausnahmsweise eine *replica compensationis* gestattet, so darf darum nicht nochmals eine Trennung nach § 136 oder § 274 ergehen: die *replica compensationis* bezweckt ja nur die Korrektur der unrichtig geleiteten Kompensationseinrede; [82]) dagegen eine Trennung nach § 137 C.P.O. ist auch hier statthaft.

Damit ergiebt sich auch die Entscheidung der Frage, wie es sich verhält, wenn mit der Kompensationseinrede eventuell eine Widerklage verbunden ist. Natürlich kann auch die Entscheidung über die Widerklage nur in der Art *ad separatum* verwiesen werden, dass nicht ein neuer Widerklageprozess entsteht, sondern der Widerklageprozess sich äusserlich von dem Hauptklageprozesse getrennt entwickelt. Wenn nun aber

---

[81]) Oberst. L.G. v. 15. Okt. 1880, Entsch. Bd. 8 S. 560, 561.

[82]) Vgl. auch Stegemann in der Z. f. Hannoversches Recht Bd. 7 (1875) S. 205.

Digitized by Google

Kompensationseinrede und eventuelle Widerklage verbunden wird, so verhält es sich bezüglich des § 274 so: entweder kommt das Gericht zur Anschauung, dass die Gegenforderung, auch wenn sie besteht, sich nicht zur Kompensation eignet, dann ist nicht ein Vorbehaltsurtheil nach § 274 zu erlassen, sondern der Hauptprozess vorbehaltlos durch Endurtheil zu erledigen; [83]) der Widerklageprozess ist in diesem Falle naturgemäss der weiteren Erledigung im besonderen Verfahren anheimzugeben. Oder aber das Gericht nimmt an, dass der Anspruch kompensabel ist, falls er besteht: in diesem Falle kann das Gericht die Kompensationseinrede nicht zurückweisen; und ist nun die Hauptklage völlig zur Entscheidung reif, so kann nach § 274 entschieden werden; im Nachverfahren wird nun die Einrede verhandelt und, damit verbunden, die Verhandlung der Widerklage fortgesetzt, sofern die Kompensationsforderung die Klageforderung übersteigt und daher die Widerklage neben der Kompensationseinrede überhaupt noch in Betracht kommt. Uebrigens kann auch hier im Nachverfahren eine Trennung stattfinden zwischen Kompensationseinrede und Widerklage. Ist nämlich jene entscheidungsreif, diese noch nicht, so kann durch Schlussurtheil das Nachverfahren bezüglich des Vorbehaltsurtheils erledigt werden, während die Widerklage in dem überschiessenden Betrage noch in weiterer Verhandlung bleibt (Analogie von § 273 C.P.O.).

Es ist auch denkbar, dass das Gericht die Frage der Kompensabilität einstweilen in Schwebe hält. Es erlässt dann einstweilen, wenn die Klageforderung reif ist, ein Vorbehaltsurtheil und verhandelt im Nachverfahren über Kompensationseinrede und, im Anschluss daran, über die Widerklage. Kommt es nachträglich zur Verneinung der Kompensabilität, so erlässt es das Schlussurtheil, welches die Kompensation zurückweist und das Vorbehaltsurtheil bestätigt; das Verfahren über die Widerklage wird bis zu ihrer Erledigung fortgesetzt.

Eine Fortsetzung der Widerklage erfolgt auch, wenn das

---

[83]) Insofern ist es richtig, dass der § 274 auf die Widerklage keine Anwendung finde.

Digitized by Google

Gericht zur Abweisung der Hauptklage kommt, wodurch, wie oben betont, die Kompensationseinrede als solche von selbst beseitigt ist.

§ 11.

Besondere Schwierigkeit hat unter der Deutschen Civilprozessordnung die Behandlung der Kompensation in den Ländern des französischen Civilrechts gemacht.

Nun ist allerdings die Gestaltung des Kompensationsrechts im *Code civil* eine sehr vertrakte. Sie beruht völlig auf der Anschauung Pothiers (*Traité des obligations* III. 4, §§ 2 und 3, namentlich Nr. 599, 603. 604); Pothier ist, ganz der verbreiteten mittelalterlichen Lehre folgend, von der Idee durchdrungen, dass die Kompensation *ipso jure* wirke, so dass die Koexistenz von Forderung und Gegenforderung sofort eine Tilgung beider Forderungen bewirke *quasi solutione:* die unglückselige vertrakte Darstellung in der Justinianischen Kompilation hat hier schlimme Früchte gezeitigt; wenn daher immerhin der Beklagte die Einrede der Kompensation vorzuschützen habe, so sei das nur ebenso, wie er auch den Einwand der Zahlung bringen muss, damit der Richter davon weiss und sie berücksichtigen kann: *je ne suis obligé d'opposer la compensation que pour instruire le juge que la compensation s'est faite* (ib. Nr. 599). Damit verträgt sich allerdings möglichst schlecht die weitere aus der *c. ult. C. de compens.* geschöpfte Bestimmung, dass die Kompensation nur eintrete, wenn die Gegenforderung liquid ist; denn die Liquidität ist ja doch kein civilistischer, sondern ein prozessualer Begriff. Gleichwohl macht Pothier diese civilistische Kompensationswirkung von der Liquidität abhängig: die Liquidität liege vor, wenn die Gegenforderung entweder nicht bestritten sei, oder wenn der Träger der Gegenforderung *ait la preuve à la main* und *soit en état de la justifier sommairement* (Nr. 592). Von dieser schwankenden Voraussetzung soll eine so energische Wirkung wie die Tilgungswirkung abhängen![84]

[84]) Viel richtiger Domat, *Loix civiles* IV 2 s. 2 Nr. 2 (Ed. 1705 I p. 285), wo es heisst: *c'est de la prudence du juge que dépend le discernement de ce qui est liquide et de ce qui ne l'est pas,* und wo dann die Bestimmnng der *c. ult. de comp.* im Wesentlichen wiedergegeben wird.

Digitized by Google

Nun konnte sich auch Pothier mit seinem praktischen *bon sens* nicht verschliessen, dass es Fälle geben könne, bei denen man hiernach zu schwerer Bedrängniss gelangt. Wie, wenn ich eine Forderung, gegen die eine kompensable Gegenforderung obschwebt, dennoch zahle? Da habe ich allerdings die *condictio indebiti:* hierfür bezog man sich ja auf das *fr.* 10 § 1 *D. de compens.* Aber wie, wenn ich gezahlt habe im Bewusstsein des Bestehens einer Gegenforderung? wie, wenn ich die Einrede im Prozesse nicht gebracht habe und darum ohne Rücksicht auf die kompensable Gegenforderung verurtheilt worden bin? Hier ist doch die *condictio indebiti* ausgeschlossen! Da half sich Pothier, wie ehedem Tyndarus, mit einer Art von Restitution *ex maxima necessitate*,[85]) und bei dieser Restitution unterschied er: habe ich bezahlt oder mich verurtheilen lassen in gerechter Unkenntniss meiner Gegenforderung und der folgeweisen Erlöschung der Forderung des Gegners, so werde ich in der Art restituirt, dass auch die Rechte gegen Dritte: Pfandrecht und Bürgschaft wieder erstehen; andernfalls werde ich bloss gegenüber dem Gegner restituirt, während die Rechte gegen Dritte erloschen bleiben (Nr. 603, 604).

Diese Theorie des civilistischen Nothbehelfes, zusammengesetzt aus Stücken des römischen Rechts mit sichtbaren Flicken und Flecken hat der *Code civil* klipp und klar aus Pothier entnommen, und jenes verzweifelte Aushülfsmittel Pothiers kehrt in dem unglückseligen *a.* 1299 wieder.[86])

Wir würden jedoch Pothier Unrecht thun, würden wir alle seine Verkehrtheiten allein dem Missverständniss und der Scholastik seiner Rechtsbehandlung zuschreiben. Wie meist, steckte ein tieferes Element hinter den äusserlichen Irrthümern:

---

[85]) Tyndarus, *Tract. de compens.* Nr. 74 (Ed. 1585) p. 387.

[86]) Uebrigens ist es auch trotz des *a.* 1290 unrichtig, wenn das R.G. im Urth. v. 28. Febr. 1882 angenommen hat, dass im Falle der Kompensabilität zweier Forderungen diese in der Art nicht mehr bestünden, dass ein Forum des § 24 ausgeschlossen sei (Entsch. Bd. 7 S. 309). Dass vielmehr immer noch etwas von der Forderung besteht, beweist der *a.* 1299. Vgl. übrigens auch R.G. v. 20. Juni 1882, ebendas. S. 322, 325. Ueber *a.* 1299 vgl. auch Aubry *et* Rau, *Cours de droit civil* IV § 329; Larombière, *Traité des obligat. ad a.* 1299 *nr.* 6 *f.*

Digitized by Google

das Recht der französischen *Coutumes* war der Kompensation bis zum Exzesse feindselig;[87]) was wohl theilweise damit zusammenhing, dass Kompensation und Widerklage die patrimonialen Gerichtsrechte der zuständigen Richter anzugreifen schienen, im übrigen aber auf dem Widerwillen des germanischen Rechts gegen die Kompensation beruht.

Schon die Assisen lehnen das Kompensationsrecht rundum ab. Es ist eine Stelle der *Assises de la baisse Cour a.* 51, die schon Dernburg allegirt hat und die mit Sachsensp. III 12, 1 viele Aehnlichkeit hat.[88])

---

[87]) Vgl. auch Dernburg, Kompensation S. 272 f.

[88]) Es ist Prinzip des deutschen Rechts, dass der Kläger dem Beklagten erst zu antworten braucht, nachdem dieser die Klage geledigt hat; hierüber vgl. Planck, deutsches Gerichtsverfahren I S. 389 f. und die dort zitirten weiteren Quellen, namentlich Goslar S. 73, 35, Dresdener Schöffenurtheil bei Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen I S. 329, auch Richtsteig Lehnrechts 10 § 11. So auch das Visby'sche Recht (Amira, Nordgerm. Obligat. Recht I S. 481 f.).

Auch in einem Goslarer Weisthum v. 1452 heisst es: *ward hir entigen gefraget, icht eyn deme anderen vordenet lon schuldich were, unde dar entigen so vele an dat lon anders wur vor one uthegegeven hedde, wer eyn des anderen nicht gewerd were? Hirup vant me: we de anderen in klagen hefft, so mot de beschuldigede ersten van dem klegere komen; unde hefft de beklagede one wedder to beschuldigen, so mot he ome antworden, so vorder he dat myt synen eide beholde, dat he des umme wedderwrake nicht en do.* Grimm, Weisthümer III S. 264 nr. 34. Einen Fortschritt bietet das von Rosenthal, Beiträge zur deutschen Stadtrechtsgeschichte S. 112, 199, beigebrachte Statut von Landshut v. 1424: hier muss der Kläger auf die Kompensation antworten, wenn sie der Beklagte vorschützt, bevor sie an das Gericht kommen: *wann zwen mit einander wellent rechten . . . ist dann der antwurter da und peutt den anchlager raitung an mit dem ambtmann oder mit piderbleuten, ee das si für recht chömen, das sol der anchlager aufnemen . . . . . . wär aber das der antwurter dem anchlager nicht raitung peut, ee das si für recht kämen, so sol er den anchlager an den rechten jehen oder laugnen und sol im dhain raitung nicht mer pieten und sol auch nicht chraft haben.* Im Geldernschen Landrecht von 1619 IV 9 nr. 16 ist die Kompensation anerkannt, auch wird die *ipso jure compensatio* ausdrücklich abgelehnt. Die sehr bemerkenswerthe Stelle (Maurenbrecher, Rheinpreussische Landrechte II S. 865) sagt: *Men mag schult met schult by compensatie ofte stellinge, opheffinge ende vergelyckinge van schult tegens schult voldoen, maer 't selve en word niet verstaen van selfs te geschieden, maer daer toe is van*

Digitized by Google

S'il avient par aucune aventure que un home se clame en la court d'un autre et dit que il li doit X besanz, et celui respont: „Voirs est que je li doi, mais je ne le veull payer, par ce que il me doit assés plus que je ne le faiz à lui, et por ce ne le veull je paier, se la cort ne l'esgarde; l'esgart des jurés si deit estre tel que celui est tenuz de paier les X besanz, por ce qu'il se clama avant de celui qui bien li reconnut ce que il li demanda. Et puis se celuy se veut clamer de lui de riens que il li dit, il est puis tenus de faire li raison, par droit et par l'assise. [89])

Lange Zeit gestattete man in den *Pays du droit coutumier* eine Kompensation nur auf Grund besonderer königlicher Erlaubnissbriefe, und es war schon ein grosser Fortschritt des Pariser Rechts, dass man hier ohne königliche Erlaubniss, ohne *lettre de chancellerie,* kompensiren durfte.[90]) Aber die Kompensation war auch hier beschränkt *de liquido ad liquidum;* so im 14. Jahrh. die *Coutumes notoires du châtelet a.* 111 und Jean des Mares a. 136. 187; so auch die *Coutumes* von Anjou und Maine v. 1437 [91]) *nr.* 581 wo es heisst: *Et doit estre faicte ou cas où la debte est clere de chascune partie; car si elle est obscure d'une partie ainsi que l'on ne puisse cognoistre la raison sans grant paine et de l'autre partie soit clere, celle qui est clere doit estre poiée, et sur l'autre qui est trouble ou qui est nyée doit*

---

noode, dat die de compensatie oft opheffinge van schult tegens schult wilt genieten, die met der daet te werk stelle, verclaerende schult tegens schult te stellen, oft te compenseren d'een tegens d'andere, 't sy in recht oft daer buyten.

[89]) Edit. Beugnot Assises Bd. 2 *p.* 49; Ed. Kausler *a.* 48 (51) *p.* 83; Ed. Foucher *a.* 48 (I 1 p. 86); Dernburg zitirt (wohl aus Versehen) *c.* 41.

[90]) Diese *lettres de chancellerie* verlangte man (abgesehen von den *pays de droit écrit.*) noch zur Zeit des Mornacius, *Observat. ad fr. 3* und *fr.* 21 *de compens.* (*Ed.* 1654 *p.* 610—612). Vgl. auch Cujaz, der hier einmal ausnahmsweise sein heimisches Recht erwähnt, *ad l.* 16 *D. de comp., in lib. III quaest. Papin.* (*Ed. Mutinae* 1777 *IV p. 70*): *Moribus Galliae non fit ipso jure, ac ne remedio quidem exceptionis, sed ex rescripto principis nominatim, par lettres de chancellerie; non potest uti compensatione is unde petitur, nisi id princeps nominatim concedat.*

[91]) Ed. Beautemps-Beaupré II *p.* 216 (Sammlung F).

Digitized by Google

estre cogneu par le juge, et non pas compensée, quia de liquido ad liquidum debet fieri compensacio. Und so später die *Coutume* de Paris v. 1510 *a.* 74: *Compensation n'a point de lieu, si non d'une dette claire et liquide à une autre pareillement claire et liquide,* und die *Coutume* von 1580 *a.* 105.[92])

Ueber die Liquidität nach dieser Gesetzesstelle sagt Duplessis, *des actions personelles* II, 1, 2 (*Traités*, Paris 1754 I *p.* 600): *ce liquide se doit entendre quant à la certitude de la dette et non point quant à l'égalité du titre, ni à l'estimation de la chose*; *de sorte que si une dette étoit par obligation pardevant notaires et l'autre par cedule; ou bien, l'une en deniers et l'autres en espèce non estimée, la compensation ne laisseroit pas que d'avoir lieu.*

Wie Paris, so auch Marche (1521) *a.* 100: *compensation a lieu liquidi ad liquidum, en faisant apparoir promptement par celuy qui demande compensation de son debte*; Montfort (1556) *a.* 68: *compensation n'a lieu, si non d'une debte claire et liquide à une autre paraillement claire et liquide,* und ebenso Dourdan (1556) *a.* 56, Mante et Meullan (1556) *a.* 66; ferner Rheims *a.* 397: *Compensation a lieu de debte liquide à autre debte liquide, et non autrement.*

Viel fortgeschritten war Blois (1523) a. 269, wo es heisst: *L'action ad exhibendum et compensation auront desormais lieu par ladite coustume.*

Dagegen war die Kompensation ausdrücklich ausgeschlossen in Montargis (1531) XXI *a.* 10: *Compensation n'a point de lieu en cour laye,* und in Tournay (1552) XXVII 1: *Es cours layes de ladite ville, reconvention n'a lieu ny aussi compensation*; in Lille (1533) X 6 und Salle de Lille (1565/67) XXV 18, wo die Kompensation nur gestattet ist *en matieres .. (de) refections de maison et interest pour departement de louage* (vgl. unten S. 62); und dahin gehören auch eine Reihe der von *reconvention* sprechenden Statuten, so insbesondere Lothringen (1594) XII *a.* 15. 16, von denen später die Rede sein wird.

Doch wurde auch hier allmählig das Recht des Pariser

[92]) Vgl. hierzu auch die Entscheidungen von 1566, 1607, 1608, 1609 bei Brodeau *Coustume de Paris* II *p.* 506, von 1665 bei Basnage, zu *Cout de Normandie ad a.* 21; ferner Coquille, *Questions et réponses nr.* 307 (wo unrichtig *a.* 195 statt 105 der *coutume* genannt ist).

Digitized by Google

Coutume überwiegend, und Loysel, Instit. cout. V 2, 4 (nr. 705) spricht es als Satz des französischen Gewohnheitsrechts aus: *compensation n'a lieu, si la dette qu'on veut compenser n'est liquide et par écrit.*

Mit dieser dem alten Rechte entnommenen Theorie des *Code civil* konnte aber die Praxis nicht auskommen. Sie schuf neben der *compensation légale* die *compensation judiciaire.* Man sagte: wenn zur Kompensation Liquidität der Forderung gehört, so ist es ja möglich, durch eine Gegenklage, durch eine *reconvention,* die Gegenforderung geltend zu machen; und wenn diese gerichtlich festgestellt ist, so ist ja die Liquidität hintennach gegeben. Die *reconvention* war allerdings ein wunder Punkt des französischen Prozesses; das coutümiäre Recht hatte sie ausgeschlossen oder doch höchst beschränkt; so das Pariser Recht des 14. Jahrh. in den *Coutumes notoires a.* 111: *reconvention n'a pas lieu en cour laye; a.* 120: *reconvention n'a pas lieu en cour laye, se ce n'est de cler à cler, car se deux personnes doivent argent l'une à l'autre pour diverses causes et l'un fait semondre l'autre pour estre payé, le semoné ne puet employer par maniere de reconvention ce que l'autre luy doit.* Vgl. ferner Jean des Mares *a.* 187 [93]) und Bouteiller, *Somme Rurale* I 27 (*Ed.* 1611 *p.* 154) und I 44.

Und über die Widerklage vor dem *arbitre* finden wir in den *Coutumes d'Anjou et de Maine* zwei entgegensetzte Entscheidungen; in F. v. 1437 nr. 283 heisst es: *reconvencion a lieu davant arbitre,* dagegen in den *Contumes d'Anjou* K. v. circa 1440 nr. 136: *reconvention n'a pas lieu davant arbitres.* [94])

Die Pariser *Coutume* von 1510 *a.* 75 schloss die Widerklage völlig aus: *Reconvention en cour laye n'a point de lieu,* während die *Coutume* von 1580 sie mindestens zuliess, wenn zwei Voraussetzungen gegeben waren:

1. Konnexität mit der Klagforderung,[94a])

---

[93]) *Coutumes notoires* und Jean des Mares bei Brodeau, *Coustume de Paris* II im Anhang.

[94]) Beautemps-Beaupré, *Coutumes de l'Anjou et du Maine* II *p.* 122, IV *p.* 83.

[49a]) So verlangte das altschwedische Recht zur Aufrechnung Konnexität der Schulden, Amira, Nordgerman. Obligationenrecht I S. 481 f.

Digitized by Google

2. Vertheidigungszweck der Widerklage; denn *a.* 106 besagte: *Reconvention en cour laye n'a lieu si elle ne depend de l'action et que la demande en reconvention soit la defense contre l'action premierement intentée; et en ce cas le defendeur, par le moyen de ses defenses, se peut constituer demandeur.*

Ebenso Calais (1583) *a.* 223.

Aehnlich wird eine Konnexität zwischen Klage und Widerklage verlangt in Mante et Meullan, *ancienne coutume* I. 3: *en court laye reconvention n'a point de lieu, si la reconvention ne depend de l'action*; ebenso *Coutume nouvelle* (1556) *a.* 58 und Melun (1560) *a.* 327.

Noch ausführlicher das Recht von Lothringen (1594) XII. *a.* 15: *Pour debtes procedantes de diverses causes, reconvention n'a point de lieu, qu'est ce qu'on dit: une debte ne retenir l'autre*; *a.* 16: *Si toutesfois s'agissoit de chose procedante de mesme act ou cause, que celle pour laquelle le debteur est convenu, peut ladite reconvention avoir lieu par exception, comme si par*[95]) *le procureur, le tuteur et autres personnes de qualité semblable sont convenus de payer ce qu'ils doivent de leurs administrations, ils peuvent proposer reconvention de ce qu'à mesme cause leur peut estre deu. Le locataire poursuivi de payer le louage peut reconvenir le locateur pour les reparations necessaires faictes en la maison et avec son sceu et consentement ou avec advis de la justice et les luy deduire et rabatre par ces mains, et ainsi d'autres semblables, et du liquide au liquide.*

Den Fall der gegenseitigen Aufrechnung bei der Miethe sieht allein vor Lille (1533) X. 6: *Reconvention ne compensation n'a lieu, n' est en matieres d'injures.*[96]) *refections de maisons et interest pour departement de louage*; und ebenso Salle de Lille (15 65/67) XXV 18.

Eigenthümlich ist Cambray (1574) XXV *a.* 52: *Reconvention en cour laye n'a point de lieu, sinon en matiere d'injure*; dagegen *a.* 53: *Mais un qui est poursuivy par action, peut bien pendant la premiere poursuite, par clain ou autre voye introduite, faire aussi poursuite et intenter son action contre celuy qui l'auroit commencé à poursuivre et actionner.*

[95]) *Par* ist zu streichen oder zu lesen *par exemple.*

[96]) Dies gehört natürlich einer andern Betrachtungsweise an.

Digitized by Google

Hier war also eine Widerklage *in limine litis* gestattet, offenbar eine Einwirkung der geistlichen Gerichte auf die *cours layes*. Vgl. auch das Landshuter Statut oben S. 58 Note 88.

Und in Marche (1521) *a.* 101 wird die *reconvention* gestattet, wenn die Parteien *ejusdem fori* sind, *où elle a lieu sans nouvelle adjournement.*

Andere *Coutumes* blieben auf dem alten Standpunkte: *Reconvention n'a point de lieu* oder: *en cour laye reconvention n'a point de lieu*; so Meaux (1509) *a.* 219; Rochelle (1514) *a.* 61; Auvergne (1510) XVIII. 7; Bourbonnais (1521) *a.* 88; Montargis (1531) XXI *a.* 9; Boulenois (1550) *a.* 180; Tournay (1552) XXVII. 1. Vgl. auch Blois (1523) *a.* 269; *reconvention et exception de pecune non nombrée n'ont lieu.*

Die *lettres de chancellerie* erwähnt Montfort (1556) V *a.* 69: *Reconvention en cour laye n'a lieu, si ce n'est par lettres et benefice du Prince.*

Und so finden sich bei Loysel, *Instit. cout.* V. 4, 2 und 3 (Nr. 703, 704) die Rechtsregeln: *Reconvention n'a point de lieu, fors de la même chose dont le plaid est*; und: *Une dette n'empêche point l'autre.*

Doch sagen uns die Coutumisten, dass diese Bestimmungen schlecht beobachtet wurden und man trotzdem die Gegenklage mit der Klage verband. So Auroux des Pommiers zu *a.* 88 der *Coutume* de *Bourbonnois* (*Ed.* 1732 *p.* 135): *Ces dispositions de coutumes sont très-mal observées ...... comme il y avoit de la dureté d'obliger les parties de faire autant de procès differens, en differentes jurisdictions, qu'ils avoient de demandes differentes à faire, et de les engager à des frais extraordinaires, l'usage a prévalu aux dispositions des coutumes et on a admis les reconventions en toutes sortes de causes, permettant au défendeur de faire toutes sortes de demandes incidentes par ses défenses.* Aehnlich Duplessis, *Traités* (1754) I *p.* 600: *Cet article est très-mal pratiqué, principalement ès justices royales, parce qu'elles prétendent être competentes de tout.*

Ebenso sagt Chabroi, *Coutumes d'Auvergne* (Ed. 1784) zu XVIII 7: *aujourdhui l'inexécution de cet article est absolue* (III p. 17); auch Valin im *Commentaire* zur *Coutume de*

Digitized by Google

Rochelle (1756) *a.* 61 (III *p.* 291) bemerkt von der Regel dieses Artikels: *elle est assez mal observée de l'aveu des commentateurs.* Und aus zwei Entscheidungen des Parlaments von Flandern v. 1782, 1784 geht hervor, dass man auch unter den beschränkenderen Statuten, wie Cambray, die Norm des Pariser Rechts zur Anwendung brachte,[97]) und dieses mithin, wie in so vielen andern Punkten, eine Art gemeinen französischen Rechtes bildete.

Soweit das altfranzösische Recht.

Da die neuere französische Gesetzgebung die Widerklage nur beiläufig erwähnt (z. B. in *a.* 464 *C. de proc.*), so hat sich die Praxis selbst den Weg gebahnt. Sie nahm an, die Widerklage sei statthaft, wenn sie den Vertheidigungszweck verfolge, auch ohne Konnexität, und so kam man zur Widerklage zum Zwecke der richterlichen Kompensation; die Widerklage sollte die der Gegenforderung fehlende Liquidität herstellen.

Diese Entwickelung hat dahin geführt, dass man nun im französischen Recht und in den Rechten, die ihm folgen, zwei Arten von Kompensation hat, die *compensation légale* und *judiciare.*[98]) Es fragt sich, ob diese zwei Arten greifbare Unterschiede bieten? Unterschiede giebt es nun zwischen beiden, prozessuale und civile; allerdings lässt sich nicht sagen, dass sie in den Zwecken des Instituts und in der Weise des Lebensverkehrs begründet wären.

Civilistische Unterschiede sind:

a) die *compensation légale* wirkt *ipso jure*, darum kann

---

[97]) Bei Merlin, *Répert. v. reconvention* nr. I.

[98]) Ueber diese *compensation judiciaire* vgl. auch Aubry et Rau, *Cours de droit civil français* IV § 325, 328. Vgl. auch R.G. v. 25. Nov. 1884, Entsch. Bd. 12 S. 322. So auch die Rechte, die dem französischen folgen, insbesondere das italienische Recht *a.* 1285 f. (vgl. dazu den Kommentar von Cattaneo e Borda *ad a.* 1286 nr. 10 und 11) und das niederländische Recht, Civilgesetzb. a. 1461 f. und dazu Diephuis, *Nederlandsch burgerligk regt* X S. 731. Auch in Oesterreich hatte das Hofdekret v. 15. Jan. 1787 bestimmt, dass die Kompensation „in der Gestalt ordentlicher Widerklage“ anzubringen sei; doch hat sich die Praxis darüber hinweggesetzt. Vgl. Unger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 550 Note 26.

Digitized by Google

von einem Wahlrechte des Kompensanten keine Rede sein; es ist genau gesetzlich bestimmt, was sich kompensirt, und auf Grund dessen ist auch ein *replica compensationis* statthaft; die *compensation judiciaire* folgt dagegen unserer Anschauung;

b) die *compensation légale* hat natürlich vollkommene Rückwirkung, oder vielmehr, sie bedarf keiner Rückwirkung: sie tritt von selbst ein, und wer sich im Prozess auf sie beruft, beruft sich auf eine vergangene, vielleicht längst vergangene Tilgung. Bezüglich der *compensation judiciaire* nimmt man eine Rückwirkung an, aber nur bis auf den Tag, wo sie gerichtlich geltend gemacht wird;[99])

c) die vertrakte Bestimmung des *a.* 1299 gilt natürlich nur für die *compensation légale*, während sie bei der gerichtlichen Kompensation keine Anwendung findet, so dass, wenn der Beklagte hier zahlt oder sich verurtheilen lässt, ohne die Gegenforderung geltend zu machen, er diese Gegenforderung als Forderung im vollen Umfang, also insbesondere auch mit Pfand- und Bürgschaftsrechten behält. Dieser Unterschied ist sicher und muss solange bestehen bleiben, bis der verfehlte *a.* 1299 zu den Todten gelegt ist.

Was aber die prozessuale Ausbildung der *compensation judiciaire* betrifft, so muss den früheren Erörterungen ein Wichtiges beigefügt werden. Hätte man nämlich die Widerklage stets mit der Wirkung zugelassen, dass die Entscheidung in der Hauptklage, um der möglichen Kompensation willen, aufgeschoben werde, so wäre gerade der Erfolg eingetreten, den man seiner Zeit durch Aufstellung des Erfordernisses der Liquidität vermeiden wollte; es wäre möglich gewesen, dass die Erledigung einer leicht erweislichen Klage durch eine damit nicht zusammenhängende schwer zu bewältigende Kompensationswiderklage aufs unbestimmte hinaus gehemmt würde Darum ist die Jurisprudenz von selbst zum Satze gelangt, der

[99]) Demolombe XXVIII 691; Larombière *ad a.* 1293 nr. 26. Manche nehmen nicht einmal dies an, sondern verneinen jede Rückwirkung, so dass der Tag des Urtheils entscheide; Saleilles, *Essai d'une théorie de l'obligation* nr. 66 *p.* 54 und der von ihm zitirte Colmet de Santerre.

Digitized by Google

Richter habe es in der Hand, bei rascher Erledigung der Klage die Kompensationswiderklage aus dem Prozesse zu entfernen oder doch wenigstens im Hauptprozesse das Urtheil zu sprechen, ohne das Resultat des Widerklageprozesses abzuwarten. Man vergleiche in dieser Beziehung Cass.-Hof v. 4. August 1851, Sirey 51 I. *p.* 809 und die Entsch. in den *Pandectes Belges v. Compensation* Nr. 293; ferner Demolombe XXVIII, *Nr.* 689, Laurent XVIII, *Nr.* 481 f., Larombière *ad a.* 1293 Nr. 21.

Natürlich konnte man für die Kompensationswiderklage nicht Liquidität verlangen; denn im Falle der Liquidität soll ja die *compensation légale* eintreten, und da bedarf man keiner Kompensationsklage, ja, eine solche ist nicht einmal möglich — die Kompensation ist ja schon eingetreten; wohl aber soll das Gericht berücksichtigen, ob die vorgebrachte Kompensationsforderung plausibel ist, ob der Beklagte als gutgläubig und als der Verschleppungsabsicht unverdächtig erscheine, und ob schliesslich der Beweis der Kompensationsforderung nicht so umständlich und schwierig sei, dass dadurch die Erledigung der Sache (im Vergleich mit der Schwierigkeit des Klagebeweises) über Gebühr hintangehalten werde.

Hiermit ist man nun im französischen Rechte glücklich zu einem zweifachen Grade von Liquidität angelangt, zur absoluten Liquidität, welche die gesetzliche Kompensation bewirkt, und zur relativen Liquidität, welche es bewirkt, dass die Kompensationswiderklage nicht aus dem Prozesse hinausgewiesen und verschoben wird. Dieser Unterschied hat allerdings wenig Realität; denn was heisst: absolute Liquidität? man verlangt doch nicht, dass die Gegenforderung unbestritten sei und vom Kläger anerkannt werde, — im Gegentheil, dieses Erforderniss wird ausdrücklich verneint, Kass.Hof v. 12. Jan. 1841, Sirey 41 I 129, Aubry et Rau § 326 Note 8,[100]) also kommt schliesslich Alles auf die leichte Erweislichkeit an, und

[100]) Vgl. auch R.G. v. 29. Sept. 1891 bei Bolze Bd. 13 Nr. 141 und Zeitschr. f. franz. Civ.R. Bd. 22 S. 629; auch schon v. 25. Nov. 1884, Z. f. franz. Civ.R. Bd. 17 S. 46, 47; „ein ernstlicher, nicht sofort zu schlichtender Streit". So auch im italienischen Recht, Appellhof Palermo v. 11. Sept. 1874 im *Circolo giuridico* V *Dec. civ. p.* 280.

Digitized by Google

das ist etwas Graduelles, was sich gewiss nicht zu einem absoluten Kriterium eignet.

Das Richtige wäre es, im französischen Rechte von der ganzen gesetzlichen Kompensation abzustehen und nur die *compensation judiciaire* zuzulassen, was aber eine durchgreifende Aenderung des *Code civil* voraussetzt, zu der die französische Jurisprudenz bis jetzt kaum geneigt ist, denn sie steht bis in die neuere Zeit im Wesentlichen noch auf dem Boden Pothiers; allerdings sind neuerdings einige Juristen, insbesondere Saleilles unter Berücksichtigung der deutschen Forschungen über diesen Standpunkt hinausgelangt.

Was aber die Behandlungsweise des Instituts in den deutschen Ländern des französischen Rechts betrifft,[101]) wo die Bestimmungen der Deutschen Civilprozessordnung eingeschlagen haben, so muss man die materiellen Satzungen des *a.* 1290, 1299, so verfehlt sie sind, auch hier anerkennen;[102]) man muss daher auch hier sagen, dass die Liquidität einen materiellen Unterschied bewirkt und bei liquider Kompensationsforderung die Gegenforderung von selbst in einer Weise erlischt, dass, abgesehen vom Fall der *justa ignorantia,* Bürgen und Pfandrechte befreit sind; während bei Nichtliquidität die ganze Kompensation durch die Erklärung des Beklagten in Wirkung gesetzt werden muss, so dass bei Nichterklärung die Kompensationsforderung in voller Kraft fortbesteht. Bezüglich der Rückwirkung und Nichtrückwirkung der *compensatio judicialis* wird unten das Nöthige bemerkt werden.

Was dagegen die Art betrifft, wie die gerichtliche Feststellung der Kompensationsforderung betrieben wird, damit

---

[101]) Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. die Zitate in Scherer, das rheinische Recht I (2. Aufl.) S. 319 f.; auch Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts S. 347 f.; Entscheidungen bei Hachenburg, Badisches Landrecht zu *a.* 1291. Unrichtig argumentirt allerdings das O.L.G. Cöln v. 15. November 1882 (Rhein. Arch. 73 I S. 85), dass jede nichtliquide Gegenforderung *ad separatum* zu verweisen sei, als ob es keine *compensation judiciaire* gebe.

[102]) Vgl. auch O.L.G. Cöln v. 15. Nov. 1882, Rhein. Arch. Bd. 73 I 85; R.G. v. 25. Nov. 1884 und v. 11. Mai 1886, Z. f. franz. Civ.R. Bd. 17 S. 46, 429 (auch Entsch. Bd. 12 S. 322, Bd. 16 S. 372); O.L.G. Colmar v. 7. März 1887, Z. f. franz. Civ.R. Bd. 18 S. 529.

Digitized by Google

sie, obschon illiquid, zur Kompensation tauglich werde, so muss man sagen, dass die Bestimmung dieser Art und Weise eine civilprozessuale, keine civilistische Angelegenheit ist, dass es Sache des Civilprozesses ist, Weg und Methode anzugeben, wie eine unbestimmte oder ungewisse Forderung zur prozessualen Bestimmtheit gebracht wird. Daher gilt in dieser Beziehung nicht mehr das französische Recht, sondern die Deutsche Civilprozessordnung, und diese unterscheidet sich vom französischen Rechte dadurch, dass es, um die richterliche Feststellung einer ungewissen Kompensationsforderung zu erreichen, keiner *„demande reconventionelle"* bedarf, sondern die Kompensationseinrede als Einrede hierzu genügt; dass diese Kompensationseinrede genügt, so dass, was die Thätigkeit des Beklagten betrifft, zwischen der *compensation légale* und der *compensation judiciaire* kein Unterschied mehr besteht; es bedarf auch nicht eines zweiten „Widerklage"-Prozesses, es genügt die *exceptio*, auf dass von Seiten des Gerichts eine die Kompensationsforderung feststellende Entscheidung ergehe. Dies ist die Annahme, zu der man schon im französisch-badischen Recht auf Grund der badischen Civilprozess-Ordnung gelangt war.[103])

Man könnte allerdings entgegenhalten, die Grundanschauung bleibe dennoch eine verschiedene. Nach deutscher Anschauung sei die Kompensation civilistisch von der Liquidität unabhängig und die gerichtliche Anerkennung der Kompensationsforderung habe nur die Bedeutung, festzustellen, dass der tilgende Kompensationsakt von Seiten des Beklagten mit Wirksamkeit vollzogen sei. Im französischen Rechte dagegen sei eine illiquide Kompensationsforderung zur Kompensation ungeeignet und die gerichtliche Feststellung habe nicht kundzugeben, dass der Kompensationsakt gültig vollzogen sei, sondern sie habe durch Liquidstellung der Kompensationsforderung es zu bewirken, dass jetzt erst die Kompensation civilistisch erfolgen könne: es liege also nicht schon bei Beginn des

[103]) Vgl. in dieser Beziehung insbesondere die zahlreichen Allegate in dem gründlichen, noch heute sehr lesenswerthen Aufsatze Rosshirts in den Badischen Annalen Bd. 38 (1872) S. 140 f.; auch Bad. Oberh.G. v. 18. Sept. 1851 in den Annalen Bd. 28 S. 303.

Digitized by Google

Prozesses ein gültiger, nachträglich durch Urtheil als gültig zu erkennender Kompensationsakt vor, vielmehr trete die Kompensation erst dadurch ein, dass kraft des liquidstellenden Urtheils ein *liquidum* dem *liquidum* gegenüberstehe.

Das ist allerdings ein Unterschied in der Grundauffassung, aber ein Unterschied, der kaum eine praktische Realität hat; denn auch im französischen Rechte nimmt man an, dass eine einmal erhobene *demande reconventionelle* fortdauere, bis sie zurückgenommen wird, und einer ausdrücklichen Wiederholung der Kompensationserklärung nach dem die Kompensationsforderung feststellenden Urtheil bedarf es in keiner Weise. Umgekehrt nimmt man auch in Deutschland an, dass die einmal im Prozesse geäusserte Kompensationserklärung bis zum Urtheile zurückgenommen werden kann. Mithin reduzirt sich der Unterschied zu der völlig wesenlosen Nuance, dass nach dem einen Rechte das Urtheil erklärt: die Kompensationsforderung besteht, mithin ist der Kompensationsakt mit Wirkung vollzogen worden; nach dem anderen erklärt es: die Kompensationsforderung besteht, sie ist folglich, als durch Urtheil festgesetzt, liquid, mithin kann jetzt die Kompensation, als sich auf eine liquide Kompensationsforderung beziehend, mit rückwirkender Kraft wirksam werden. Die Nuance besteht also nur darin, dass nach französischem Recht die urtheilsmässige Feststellung mit zur civilistischen Voraussetzung der Kompensation erhoben ist; während nach deutschem Rechte die civilistische Wirkung schon vor der Feststellung fertig ist und die Feststellung nur die prozessuale Bedeutung hat, etwas Civilistisches in massgebender Weise zu rechtlicher Sicherheit zu bringen.

Diese Nuance hat aber auf die Art der prozessualen Feststellung keinen Einfluss; es bleibt ja immerhin dem Civilrecht vorbehalten, einige civilistische Wirkungen erst im Moment der prozessualen Feststellung eintreten zu lassen.

Auch ist es nicht so, dass das Urtheil die Kompensation bewirke; denn die oben (S. 15) verworfene gemeinrechtliche Theorie der Kompensationswirkung durch die Richterthätigkeit hat auch im französischen Rechte keinen festen Boden; sondern das Urtheil macht nur die Forderung liquid und erfüllt mithin eine Bedingung, auf dass die Kompensationslage ihre Wirkung

Digitized by Google

üben soll; ganz ähnlich wie bei der Vernichtungsklage des französischen Rechts nicht eigentlich das Urtheil es ist, was den angefochtenen Akt vernichtet; sondern es setzt nur gewisse Voraussetzungen fest, und diese Feststellung ist nach dem Civilrecht nothwendig, damit die in der Klage enthaltene Vernichtungserklärung wirksam wird.

Der Unterschied in der Rückwirkung aber, ob die Kompensation auf die Zeit der Koexistenz beider Forderungen zurückwirkt oder nur auf die Zeit der Klageerhebung, dieser Unterschied ist civilistisch; er besteht noch fort, soweit französisches Civilrecht in Deutschland nicht geändert ist und hat mit der Art der prozessualen Geltendmachung nichts weiter zu schaffen; höchstens das: in Frankreich wird die Kompensation auf den Moment der *demande reconventionnelle* zurückdatirt, in den deutschen Ländern tritt an Stelle dieser *demande* die prozessuale Einrede. Bemerkenswerth ist allerdings: bei der *compensation légale* tritt die Kompensationsfolge *ipso jure* ein — dies schiesst weit über das Ziel hinaus; dagegen wird die *compensation judiciaire* nur auf den Moment der Geltendmachung der Einrede zurückdatirt, was weitaus nicht dem *jus aequum* entspricht, während die richtige, angemessene Behandlung der Sache eben zwischen diesen zwei Extremen in der richtigen Mitte liegt.[104])

Ich sagte, dass in den deutschen Ländern des französischen Rechts die mangelnde Rückwirkung der *compensation judiciaire* als materieller Satz fortdaure. Jedoch wird man kaum alle Konsequenzen ziehen, insbesondere nicht die Konsequenz, dass hiernach die gegen den Zedenten zustehende Gegenforderung nicht mehr gegen den Zessionar geltend gemacht werden könne, wenn die Zession der Kompensationseinrede vorherging; und was den Konkurs betrifft, so entspricht es dem Geiste der Konkursordnung, anzunehmen, dass eine auch illiquide Kompensationseinrede dem Konkursverwalter entgegengehalten

[104]) Ueber den unzureichenden Rechtszustand in Frankreich vgl. vortrefflich Saleilles *p.* 55. Zu den unrichtigsten Einwürfen gegen den deutschen Entwurf gehört die Meinung Gebharts (in Zweibrücken), dass das System der *C. civil* einfacher und praktischer sei! (Gutachten aus dem Anwaltstande S. 275.)

Digitized by Google

werden kann, auch wenn die Kompensationserklärung dem Konkurse nicht vorherging.[105])

Ueberhaupt hat sich, mindestens was die französich-badische Praxis angeht, der civilistische Unterschied zwischen der *compensation légale* und *judiciaire* ziemlich verwischt, und man wird wohl ein Gewohnheitsrecht konstatiren können, dass auch bei der *compensation judiciaire* die Rückwirkung in vollem Masse eintritt. Ich verweise auf die im oben (S. 68) erwähnten Rosshirtschen Aufsatze allegirte Jurisprudenz, woraus deutlich hervorgehen dürfte, dass man einen civilistischen Unterschied zwischen der Kompensation mit einer liquiden Forderung im Sinn des *a.* 1291 und mit einer nicht liquiden, aber im Laufe des Prozesses liquid zu stellenden Forderung nicht anzunehmen pflegte.

Ist aber dem so, so versteht es sich von selbst, dass für die Feststellung der Kompensationsforderung nur die Deutsche Civilprozessordnung massgebend ist, und dass mithin die §§ 136 und 274 C.P.O. auch in dem Gebiete des französischen Rechts ihre volle Anwendung finden.[106])

Daher ergiebt sich für die deutschen Länder des französischen Civilrechts folgende prozessuale Behandlung:

Wird hier die Kompensationsforderung im Prozesse gerichtlich zugesprochen, so ist zweierlei möglich:

Entweder ist die Kompensationsforderung liquid gewesen, oder sie wird erst durch den richterlichen Ausspruch liquid: in beiden Fällen findet die Kompensation statt, nur in einem Falle als *compensatio legalis,* im andern als *compensatio judicialis,* was bezüglich der Rückwirkung und bezüglich des *a.* 1299 immerhin einen Unterschied macht.

Man wollte aber noch einen anderen Unterschied machen; man behauptete, im Fall der Liquidität könne das Gericht auch nach der Deutschen Civilprozessordnung die Kompensationsforderung nicht zum Nachverfahren verweisen, denn in diesem

[105]) Vgl. mein Lehrbuch des Konkursrechts S. 127.

[106]) Vgl. auch O.L.G. Colmar v. 7. März 1887, Z. f. franz. Civ.R. Bd. 18 S. 529; O.L.G. Karlsruhe v. 22. Jan. 1887, ebendas. Bd. 18 S. 593.

Digitized by Google

Falle stehe sich nach französischem Civilrecht überhaupt nicht mehr Forderung und Gegenforderung gegenüber.[107])

Das ist unrichtig; eine solche Verweisung im Falle der Liquidität wäre allerdings meist recht zweckwidrig; gesetzlich ausgeschlossen wäre sie nicht. Denn die Verweisung nach §§ 136 und 274 setzt nicht voraus, dass eine Gegenforderung als noch existirend behauptet wird, sondern nur, dass eine Gegenforderung als im Prozesse massgebend zu gerichtlicher Feststellung gebracht wird; dies kann sein eine Feststellung der Gegenforderung als einer noch bestehenden, oder als einer vergangenen aber in ihrer Wirkung fortdauernden. Auch wenn etwa das Civilrecht bestimmen würde, dass bei illiquider Gegenforderung eine *ipso jure* Tilgung einträte, wäre das Verweisungsrecht nach der Civilprozessordnung gewahrt.

Ist aber die Kompensationsforderung nicht liquid und macht das Gericht von dem Verweisungsrechte Gebrauch, so handelt es sich um eine *compensatio judicialis*, die in das Nachverfahren gelegt wird, und hier finden die §§ 136 und 274 völlig zweckentsprechende Anwendung.[108]) Dieses unser Verfahren ist dem französischen Verfahren ganz analog, nur dass es im französischen Recht einer *demande reconventionelle* bedarf, bei uns nicht, und dass im französischen Rechte das Vorbehaltsurtheil eine noch ungereifte Schöpfung ist; endlich ist bei uns die Verweisung zur besonderen Verhandlung und die Verweisung zum Nachverfahren bei konnexer Gegenforderung gesetzlich ausgeschlossen, während in Frankreich, wo es überhaupt an einer gesetzlichen Regelung fehlt, eine solche gesetzliche Bestimmung nicht gilt; immerhin aber entspricht die Beschränkung des deutschen Rechts dem *ius aequum* so sehr, dass man auch in Frankreich gut thun wird, sie ohne gesetzliche Vorschrift zu wahren.

---

[107]) R.G. v. 14. Mai 1886, Z. für franz. Civ.R. Bd. 17 S. 429, Entsch. Bd. 16 S. 372.

[108]) Vgl., ausser dem cit. reichsgerichtl. Urtheil, O.L.G. Colmar v. 7. März 1887, Z. f. franz. Civ.R. Bd. 18 S. 529; O.L.G. Karlsruhe v. 22. Jan. 1887, ebendas. Bd. 18 S. 593; auch O.L.G. Karlsruhe v. 15. Dez. 1881, Bad. Annalen Bd. 50 S. 337 f., und 12. März 1880. Z. f. franz. Civ.Recht Bd. 12 S. 527.

Digitized by Google

§ 12.

So bietet denn die Civilprozessordnung in den §§ 136 und 274 eine sehr geeignete Hülfe, sie erfüllt die Bestrebungen vieler Jahre, von Justinian bis auf Pothier, den *Code civil* und unsere Zeit.

In der That ist daher die ganze Sache nicht „gesetzgeberisch verfahren,“ wie Petersen in der Zeitschrift für Civilprozess Bd. 19 S. 106 annimmt; unzutreffend ist nur eine unrichtige scholastische Doktrin, die den Prozess nicht nach seiner praktischen Seite hin entwickelt, sondern entweder aus unrichtigen Begriffen herausspinnt oder an den Worten des Gesetzes hängt. Was der Entwurf des Einf.Ges. zum Bürgerlichen Gesetzbuch in neuer Formulirung der §§ 136 und 274 gestaltet, ist nur das, was Doktrin und Praxis sich schon nach dem bisherigen Rechte entwickeln konnte, völlig nach den Grundsätzen des Vorbehaltsurtheils, die ich im Prozess als Rechtsverhältniss S. 78, 112, 135, 137 dargelegt habe.

Wenn trotzdem Scholastizismus und Wortinterpretation in der Prozesswissenschaft bestehen blieben und man eine neue Fassung des Gesetzes nöthig fand, während doch die alte Fassung unter richtiger Auslegung und richtiger wissenschaftlicher Fortbildung genügt hätte, so können wir uns doch damit trösten, dass auch in der Prozesswissenschaft die verfehlte Methode der Jurisprudenz bald am Ende ihrer Tage angelangt sein wird und man auch hier das Bedürfniss des Lebens als das leitenden Agens der Wissenschaft erkennen und der Wissenschaft das Recht zuschreiben wird, durch prinzipielle Entwickelung auch ausserhalb des gesetzlichen Wortes und der Spezialregelungen des Gesetzes dem Rechtsleben seine Bahnen zu weisen. Der Vorwurf der Verwechslung von *lex lata* und *lex ferenda* kann hiergegen nur von solchen erhoben werden, die das einmal zugegebene Gesetz als etwas starres und todtes betrachten: es ist vielmehr der Keim eines reichen Lebens! und der weitere Vorwurf des Subjektivismus beruht auf der Verkennung dessen, was die Individualität zu leisten hat, wenn sie sich in den Dienst des vorhandenen Rechts stellt. Die Furcht vor Vermehrung der Kontroversen kommt

Digitized by Google

nicht in Betracht die Kontroversen bedeuten das Ringen der Geister nach der richtigen Entfaltung des gesetzgeberischen Gedankens. Und wenn der Jurist der Wissenschaft neue Bahnen weist, so ist es nur die Grösse und Fülle des uns beherrschenden Rechts, die in der Darstellung des Juristen zum Ausdrucke gelangt, wofür wir auch den Beweis in unsern grossen Vorbildern haben, den römischen Juristen. Wenn auch das Röm. Recht längst verfallen ist, ihre Methode ist unsterblich.

Zusätze.

Zu S. 20 Note 30.

Der Gläubiger kann kompensiren, er ist dazu berechtigt, aber nicht verpflichtet, auch nicht dem Bürgen gegenüber, trotz des etwaigen beneficium excussionis. Denn der Gläubiger hat das Recht, Geld zu verlangen, die Kompensation aber gibt ihm nicht Geld, sondern anderwärtige Werthbefriedigung. Das Recht, Geld zu verlangen, zessirt nur, wenn der Gegengläubiger kompensirt; das kann aber der Bürge nicht, und ebenso wenig als er kompensiren kann, kann er vom Gläubiger verlangen, dass er selbst kompensire; auch das *beneficium excussionis* gibt nur das Recht zu verlangen, dass der Gläubiger beim Schuldner Zahlung hole, nicht das Recht zu begehren, dass der Gläubiger etwas anderes als Zahlung an Zahlungsstatt annehme. Unrichtig Lippmann in den Jahrb. für Dogmatik Bd. 32 S. 226 f.

Zu S. 71 Note 105.

Auch Labbé in Sirey 1877 I *p.* 241 nimmt an, dass die Nichtigkeit des *a.* 446 *C. de comm.* nicht zutrifft, wenn die Parteien kurz vor Ausbruch des Konkurses eine Gegenforderung liquid und dadurch kompensationsfähig machen.

Digitized by Google

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Das Recht an Briefen.

Von
Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

Sonderabdruck aus dem Archiv für bürgerliches Recht.

Preis M. 1,20, bei postfreier Zusendung M. 1,30.

Treue und Glauben im Verkehr.

Ein Beitrag
zur
Lehre vom strafbaren Betrug.

Von
Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

Preis M. 1,20, bei postfreier Zusendung M. 1,30.

Das Börsenspiel.

Von
Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

Sonderabdruck aus der Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen.

Preis M. 1, bei postfreier Zusendung M. 1,10.

Digitized by Google

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Rechtsvergleichende Studien

über

islamitisches Recht, das Recht der Berbern, das chinesische Recht und das Recht auf Ceylon.

Von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

Preis M. 6, bei postfreier Zusendung M. 6,20.

Die

Ideale im Recht.

Von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

Sonderabdruck aus dem Archiv für bürgerliches Recht.

Preis M. 2, bei postfreier Zusendung M. 2,10.

Druck von Julius Sittenfeld in Berlin W.

Digitized by Google

